



Centro Universitário de Brasília - UniCEUB
Faculdade de Ciências Jurídicas e Sociais

ELIANE FERNANDES DA SILVA

ASPECTOS JURÍDICOS DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO
REGULAMENTAÇÃO DA PRÁTICA. A RESOLUÇÃO DO
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 2013/2013

Brasília
2015

ELIANE FERNANDES DA SILVA

**ASPECTOS JURÍDICOS DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO
REGULAMENTAÇÃO DA PRÁTICA. A RESOLUÇÃO DO
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 2013/2013**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito da Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais do Centro
Universitário de Brasília - UniCEUB.

Orientador: Prof. Rodrigo Fernandes M.
Ferreira

Brasília

2015

ELIANE FERNANDES DA SILVA

**ASPECTOS JURÍDICOS DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO
REGULAMENTAÇÃO DA PRÁTICA. A RESOLUÇÃO DO
CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA Nº 2013/2013**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado
como requisito para conclusão do curso de
bacharelado em Direito da Faculdade de
Ciências Jurídicas e Sociais do Centro
Universitário de Brasília - UniCEUB.
Orientador: Prof. Rodrigo Fernandes M.
Ferreira

Brasília, ____ de _____ de 2015.

BANCA EXAMINADORA

Orientador: Prof. Rodrigo Fernandes M. Ferreira

EXAMINADOR

EXAMINADOR

AGRADECIMENTOS

Agradeço a Deus pelo dom da vida e por hoje ter motivos e pessoas a quem agradecer. Dedico este trabalho ao meu pai, Olivar Fernandes, e à minha mãe, Dulcimar Ribeiro Fernandes. Imputo a eles a razão das minhas modestas vitórias, pois com o coração cheio de amor sempre foram o meu porto seguro e também a maior motivação para atingir com êxito a conclusão dessa etapa da minha jornada acadêmica.

Agradeço às minhas irmãs Ingrid e Pâmmela e aos meus irmãos Ítalo Davi e Bruno Bernard por me apoiarem e me amarem incondicionalmente ajudando-me a ser uma pessoa e uma profissional melhor a cada dia.

Agradeço aos amigos que sorriram as minhas conquistas e oferecerem o ombro amigo sempre que necessário.

Agradeço também a todos os professores que participaram da minha trajetória acadêmica, pelo conhecimento, educação e pelas muitas lições de vida. Especialmente ao meu orientador, Rodrigo Ferreira, pelo cuidado e auxílio na elaboração desse projeto.

Agradeço ao meu namorado, Thiago, pelo seu exemplo de dedicação, disciplina e por todo apoio na realização dessa etapa.

Todos vocês foram fundamentais para a conclusão desse projeto e sem vocês nada disso faria sentido. Obrigada por serem parte desse momento tão importante.

RESUMO

A presente monografia tem por finalidade analisar o ordenamento jurídico brasileiro no que tange o tema da gestação de substituição e lacunas legais à luz da Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013, a qual, ao autorizar a gestação de substituição em casos isolados e específicos, exigindo haver parentesco com a doadora temporária do útero e proibindo qualquer transação pecuniária, retira a aplicação da técnica de gestação de substituição a quaisquer outros casais e ou indivíduos. Esse tema enseja um interessante debate acerca dessas disparidades e das lacunas legislativas evidenciando a necessidade urgente da elaboração de normas jurídicas específicas para o procedimento de gestação de substituição. Desta feita, serão apresentados argumentos sobre o tema e sobre a omissão legislativa diante do quadro fático atual. Por fim, o presente projeto visa demonstrar a legitimidade da técnica da gestação de substituição e discutir se é aceitável e possível a retribuição pecuniária pela gravidez de substituição, assim como apresentar diferentes entendimentos jurisprudenciais em casos concretos que envolvam a filiação, registro civil e a utilização do útero de substituição, adentrando ainda no mérito das soluções legislativas sob a aplicação das normas e princípios constitucionais. Sem pretender, contudo, o exaurimento absoluto do assunto.

Palavras-chave:

Direito Civil. Direitos da Personalidade. Direito Constitucional. Reprodução Assistida. Barriga de aluguel. Gestação de Substituição. Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina. Filiação. Regulamentação. Mães de Aluguel.

ABSTRACT

This thesis aims to analyze the Brazilian legal system regarding the issue of gestational surrogacy and the legal gaps in the Resolution nº 2013/2013 of the Federal Council of Medicine, which, authorized the gestational surrogacy in isolated and specific cases, demanding kinship with the donor's uterus and prohibiting any monetary transaction, removing the technical application of the gestational surrogacy to any other couples or individuals. This theme brings a debate about these disparities and legal gaps highlighting the urgent need for development of specific legal rules about the gestational surrogacy procedure. Then, will be presented arguments about the subject and the legislative omission given the current scenario. Finally, this project aims to demonstrate the legitimacy of the gestational surrogacy technique and discuss whether it is acceptable and possible to compensate financially this purpose, as well as presenting different jurisprudential understanding in specific cases involving the filiation, civil registry and gestational carrier, also examining the merits of legislative solutions by the application of constitutional principles and rules. However, without intending to the absolute exhaustion of the subject.

Keywords:

Civil Law. Personality Rights. Constitutional Law. Assisted Reproduction. Surrogacy. Gestational Surrogacy. Resolution nº 2.013/2013 of the Federal Council of Medicine. Filiation. Regulation. Surrogate Mothers.

SUMÁRIO

| | |
|--|-----------|
| 1 INTRODUÇÃO..... | 8 |
| 2 CONCEITOS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E INSTITUIÇÕES FAMILIARES..... | 10 |
| 2.1 BREVE HISTÓRICO | 10 |
| 2.2 O CASO BABY M | 12 |
| 2.3 A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE FAMÍLIA..... | 15 |
| 2.4 A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO COMPARADO | 19 |
| 3 EFEITOS JURÍDICOS DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO..... | 25 |
| 3.1 A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO | 25 |
| 3.2 PROCEDIMENTO ANTE A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA | 30 |
| 3.3 A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E OS LAÇOS DE FILIAÇÃO | 32 |
| 3.4 ASPECTOS PENAIS DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL..... | 37 |
| 4 REGULAMENTAÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO | 41 |
| 4.1 PROJETOS DE LEI SOBRE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL | 41 |
| 4.2 APLICAÇÃO DA LEI DE PLANEJAMENTO FAMILIAR..... | 42 |
| 4.3 DIREITOS DA PERSONALIDADE EM FACE DA OMISSÃO LEGISLATIVA..... | 44 |
| 4.4 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO – GRATUITA OU ONEROSA?..... | 46 |
| 4.4.1 <i>Os prós e os contras</i> | 46 |
| 4.4.2 <i>Argumentos da filosofia libertária</i> | 49 |
| 4.5 REGULAMENTAÇÃO E A SEGURANÇA JURÍDICA | 50 |
| 5 CONCLUSÃO..... | 53 |
| REFERÊNCIAS | 58 |

1 INTRODUÇÃO

O presente projeto de pesquisa busca analisar as Resoluções do Conselho Federal de Medicina acerca do tema gestação de substituição, principalmente a nº 2.013 de 2013 que atualmente regula o procedimento da famigerada barriga de aluguel no Brasil.

Em decorrência da ausência de legislação específica a respeito da gestação de substituição, os aspectos polêmicos que envolvem o tema e os avanços jurídicos e legislativos, principalmente no que diz respeito aos diversos núcleos familiares atualmente reconhecidos, surgem questões de relevância jurídica primordial.

Deste modo, há um significativo debate acerca da ocorrência da gestação de substituição nos casos não abarcados pela Resolução nº 2.013 – único instituto com valor legal a dispor sobre o assunto. Inquestionavelmente, o polêmico tema suscita questões éticas, sociais, morais, econômica, jurídicas, médicas e filosóficas e, exatamente por isso, o Direito não pode ser omissor.

Assim sendo, utilizando-se do método indutivo através de pesquisa bibliográfica e a análise não só doutrinária, mas também jurisprudencial de nossos tribunais buscar-se-á, da maneira mais abrangente possível, esclarecer os pontos controversos e a lacuna legislativa a esse respeito, visando avaliar exaustivamente toda a polêmica que envolva a matéria, de tal modo que fique bem delimitada a legalidade ou não do posicionamento atualmente adotado pelo ordenamento jurídico brasileiro, inclusive em contraste outros países do mundo.

Diante disso, a pesquisa será dividida em 3 capítulos que abordarão principalmente o avanço científico das técnicas de reprodução assistida paralelamente a evolução das instituições familiares; os efeitos jurídicos da gestação de substituição e a insegurança jurídica do que vem sendo praticado atualmente no Brasil e também os principais argumentos para

entender se é possível e aceitável a gestação de substituição com retribuição pecuniária da prática.

Serão analisados também os Projetos de Lei que discorrem sobre o assunto e as respectivas previsões legais comparativamente a Resolução nº 2.013/2013 – única ‘regulamentação’ da matéria atualmente em vigor no ordenamento brasileiro.

Por fim, concluir-se-á o presente trabalho realizando uma abordagem crítica de tudo que fora exposto, especialmente no que tange à postura adotada pelo Brasil em relação a prática da gestação de substituição principalmente nos novos modelos familiares, analisando-se se, de fato, aplicam-se os direitos e princípios fundamentais constitucionalmente protegidos.

2 CONCEITOS E EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E INSTITUIÇÕES FAMILIARES

2.1 BREVE HISTÓRICO

Para desenvolver o tema sobre gestação de substituição é primordial conceituar a prática e os demais institutos relacionados. A reprodução humana é uma das áreas médicas que mais progride. Desde o ano de 1978, quando nasceu na Inglaterra Louise Brown – o primeiro bebê de proveta da história, os procedimentos e diagnósticos de infertilidade avançaram a passos largos. A reprodução assistida surgiu da necessidade e desejo inato do ser humano de conceber um filho e, assim, transmitir sua herança genética aos descendentes.

A infertilidade é uma limitação biológica que, muito embora seja inicialmente um problema individual, tem consequências para o casal, no grupo familiar e por fim na sociedade. Para que um casal seja considerado infértil é necessário que, ao longo de um ano, mantenha relações sexuais frequentes sem o uso de qualquer meio contraceptivo e não consiga engravidar.¹

Denomina-se como reprodução assistida o conjunto de técnicas utilizadas por meio de manipulação laboratorial de algum gameta feminino e ou masculino (óvulos ou espermatozoides, respectivamente) para tratamento da infertilidade. Essas técnicas de reprodução assistida têm como objetivo promover meios artificiais para sanar as consequências da infertilidade quando não for possível a fecundação por outros meios terapêuticos.

A gestação de substituição é uma espécie de reprodução assistida e recebe diversas denominações – útero de aluguel ou empréstimo, gestação sub-rogada, mãe substituta, mãe de empréstimo, mãe sub-rogada, mãe hospedeira ou por procuração, cessão temporária de útero e, a expressão popularmente conhecida – barriga de aluguel.

¹ ABC DA SAÚDE. **Infertilidade**. Disponível em: <<http://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/infertilidade-introducao#ixzz3GyQk2Z8R>>. Acesso em: 5 out. 2014.

A gestação de substituição é o ato pelo qual uma mulher disponibiliza seu útero para a gestação do filho de outrem. Esse ato pretende que a criança gerada deverá ser entregue após o nascimento àquela que planejou a gravidez. Porém, nem sempre a mulher ou casal que forneceu o material genético para a fecundação coincidirá com àquela(e) que planejou a gestação e que pretende assumir a condição de mãe/pai.

No entanto, a doutrina majoritária entende o termo barriga de aluguel como inadequado. Primeiramente porque o feto se desenvolve no útero e não na barriga, e em segundo lugar porque os países que não vedam essa prática, como é o caso do Brasil, estabelecem que esse método de reprodução humana deverá ser de forma gratuita, sem qualquer contraprestação pecuniária, o que assemelharia o procedimento muito mais de um empréstimo do que de um aluguel em si. Sendo assim, o termo doutrinariamente mais utilizado é “gestação de substituição”.

Diante das concepções oriundas de técnicas de reprodução assistida, principalmente a gestação de substituição, surgem novos vínculos jurídicos que alteram fundamentalmente a forma de constituição da família.

A Resolução nº 1.358/1992 do Conselho Federal de Medicina regulou as normas éticas para utilização das técnicas de reprodução assistida até o ano de 2013, quando foi substituída pela Resolução nº 2.013/2013. A Resolução nº 1.358/1992 trazia em seu inciso I os seguintes princípios gerais:

- “1 - As técnicas de Reprodução Assistida (RA) têm o papel de auxiliar na resolução dos problemas de infertilidade humana, facilitando o processo de procriação quando outras terapêuticas tenham sido ineficazes ou ineficientes para a solução da situação atual de infertilidade.
- 2 - As técnicas de RA podem ser utilizadas desde que exista probabilidade efetiva de sucesso e não se incorra em risco grave de saúde para a paciente ou o possível descendente.
- 3 - O consentimento informado será obrigatório e extensivo aos pacientes inférteis e doadores. Os aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA serão detalhadamente expostos, assim como os resultados já obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta. As informações devem também atingir dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico. O documento

de consentimento informado será em formulário especial, e estará completo com a concordância, por escrito, da paciente ou do casal infértil.

4 - As técnicas de RA não devem ser aplicadas com a intenção de selecionar o sexo ou qualquer outra característica biológica do futuro filho, exceto quando se trate de evitar doenças ligadas ao sexo do filho que venha a nascer.

5 - É proibido a fecundação de oócitos humanos, com qualquer outra finalidade que não seja a procriação humana.

6 - O número ideal de oócitos e pré-embriões a serem transferidos para a receptora não deve ser superior a quatro, com o intuito de não aumentar os riscos já existentes de multiparidade.

7 - Em caso de gravidez múltipla, decorrente do uso de técnicas de RA, é proibida a utilização de procedimentos que visem a redução embrionária”.²

A substituição dessa Resolução pela nº 2.013/2013 ampliou em alguns aspectos a possibilidade da prática da gestação de substituição, conforme se analisará ao longo dessa pesquisa. Porém, de forma alguma essa Resolução mais recente conseguiu abarcar todas as hipóteses e conflitos jurídicos que a prática do útero de substituição origina.

2.2 O CASO BABY M

As questões polêmicas advindas da prática da gestação de substituição não são recentes, há várias décadas esse assunto já levanta discussões jurídicas e éticas. Um caso que teve grande repercussão no ano de 1987 ficou conhecido como Baby M.

Elizabeth e William Stern, moradores de Tenafly, New Jersey, eram casados e não podiam ter filhos, já que Elizabeth sofria de esclerose múltipla. Por meio de um centro para tratamento de infertilidade que intermediava gravidez de aluguel conheceram Mary Beth Whitehead, uma jovem senhora de 29 anos de idade, casada e mãe de duas crianças.

No ano de 1985, William Stern e Mary Beth Whitehead assinaram um contrato em que Mary Beth aceitava gerar um bebê por meio de inseminação artificial com o espermatozoide de William e entregá-lo após o nascimento para o casal, abrindo mão de seus direitos maternos para que Elizabeth Stern adotasse o bebê. Em contrapartida, Mary Beth receberia a quantia de

² PORTAL MÉDICO. **Resolução do Conselho Federal de Medicina**. nº 1.358, de 19 de novembro de 1992. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>. Acesso em: 15 de out. 2014.

US\$ 10.000,00 (dez mil dólares), além das despesas médicas e do pagamento de US\$ 7.500,00 (sete mil e quinhentos dólares) pagos em razão da intermediação ao centro de tratamento de infertilidade.

Realizada a inseminação artificial com sucesso, em março de 1986 Mary Beth deu à luz a uma menina. Porém, Mary Beth não teve coragem de entregar a criança ao casal e decidiu que ficaria com ela, fugindo então para a Flórida. Inconformados, o casal Sterns iniciou um processo judicial em New Jersey e obteve uma ordem judicial concedendo a custódia da criança a eles.

Fato relevante é que em New Jersey não havia leis que tratassem, seja autorizando ou proibindo, dos contratos de gravidez de aluguel. Então, a questão crucial era: o contrato deveria ser cumprido?

O responsável por decidir a causa foi o juiz Harvey R. Sorkow, o magistrado entendeu que o contrato deveria ser cumprido uma vez que foi firmado voluntariamente entre as partes e, a mãe que gerou a criança não poderia simplesmente mudar de ideia já que nenhuma das partes estava em desvantagem – cada uma tinha aquilo que a outra queria, tendo elas assim o mesmo poder de barganha.

O juiz foi contra a tese de que o contrato tinha como objeto o comércio de bebês. Ele entendeu que o pai biológico não compra aquilo que já é seu. Portanto, o contrato foi firmado tendo como objeto o serviço de Mary Beth engravidar e dar à luz a um filho de William.

Foi levantada ainda pela defesa de Mary Beth a tese de que tal serviço é uma exploração da mulher, porém, o juiz Sorkow fez uma analogia da gravidez de aluguel com a doação de espermatozoides. Para o juiz, ambos dizem respeito à disposição dos meios de procriação do homem e da mulher e, por isso, se um homem pode oferecer esse serviço a mulher também poderia fazê-lo.

Então, em primeira instância, o juiz determinou que a criança fosse entregue ao casal Elizabeth e William Stern e extinguiu os direitos maternos de Mary Beth sobre a criança, que foi adotada por Elizabeth Stern.

A defesa de Mary Beth apelou da decisão à Suprema Corte de New Jersey que, por unanimidade, reformou a decisão e decidiu pela anulação do contrato de gravidez de aluguel. O relator e presidente da Suprema Corte, Robert Wilentz, defendeu que o contrato era inválido entendendo que a gravidez de aluguel configura comércio de bebês, o que torna o contrato ilegal. Além disso, entendeu que o consentimento de Mary Beth estava comprometido já que quando Mary assinou o contrato em que concordava em gerar um bebê para William ela não conhecia os laços que criaria com a criança e, na ocasião, ainda tinha como força coercitiva a sua necessidade financeira.

O relator afirmou que ainda que o contrato fosse livremente voluntário, no caso específico em que o valor de 10 mil dólares seria pago apenas após Mary Beth abrir mão de seus direitos maternos e da custódia da criança, o objeto do contrato foi, na melhor das hipóteses, a venda de direitos de uma mãe sobre sua prole.

Embora o contrato tenha sido declarado ilegal por todo o exposto, a Suprema Corte de New Jersey concedeu a custódia da criança a William por entender que ele, na condição de pai, atenderia melhor aos interesses da criança. No entanto, como resultado do entendimento da Suprema Corte, a condição de mãe foi restituída a Mary Beth e ficou determinado que a Justiça comum estipulasse os direitos de visitação.³

A criança gerada por Mary Beth recebeu o nome de Melissa Stern e, embora já tenham se passado 28 anos e o caso tenha tido grande repercussão no cenário jurídico mundial,

³ SANDEL, J. Michael. **Justiça – O que é fazer a coisa certa**. 12. ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 116 - 120.

a discussão acerca da licitude e legalidade da gravidez e barriga de aluguel ainda é questão polêmica e ainda não regulamentada em muitos países. Por exemplo, nos próprios Estados Unidos da América a prática é legalizada em alguns Estados, proibida em outros, e há ainda Estados que não possuem legislação a esse respeito.

Fato relevante no caso do “Baby M” foi que Mary Beth disponibilizou tanto o ventre para a gestação quanto o seu óvulo e, por isso, era mãe biológica da criança. No entanto, com o avanço da ciência e da medicina, a fertilização *in vitro* permite que o óvulo fecundado de uma mulher seja implantado no útero de outra, o que aumenta exponencialmente o leque de possibilidades e conflitos jurídicos, éticos, morais, religiosos, dentre outros, acerca da gravidez de aluguel.

2.3 A EVOLUÇÃO DOS MODELOS DE FAMÍLIA

Para o aprofundamento do tema faz-se necessário abordar, inicialmente, os modelos de família e sua relação com o sistema jurídico. É inegável que o modelo inicial e tradicional de família na sociedade humana sofreu inúmeras alterações ao longo do tempo. Inviável seria abordar todas essas alterações históricas devido a amplitude do tema. Porém, uma abordagem ainda que sucinta é indispensável para entender-se os atuais modelos familiares e como estes influenciam no tema de gestação de substituição.

No Direito Romano o modelo familiar era o patriarcal, marcado pelo autoritarismo do pai - que detinha exclusivamente o poder, a mulher e os filhos deviam-lhe obediência e subordinação integral sob pena de castigos, penas corporais e até mesmo a morte.⁴

Na Idade Média as relações familiares eram regidas pelo Direito Canônico e, como consequência, apenas eram reconhecidas as famílias constituídas por meio do casamento

⁴ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005. (Direito de Família, v. 6). p. 31.

religioso e com isso, uma visão mais afetiva e menos autoritária começou a se consolidar, embora a figura do homem ainda ocupasse o papel central.⁵

Com o surgimento do Código de Napoleão, que entrou em vigor no dia 21 de março de 1804, houve a primeira grande sistematização de direitos civis. Nesse Código o direito civil foi dividido entre direito da propriedade e o da família. No direito de família Napoleão aboliu direitos individuais já adquiridos pelas mulheres durante a Idade Média e as tipificou como incapazes, tornando o poder do homem ainda mais forte e diminuindo ainda os direitos de filhos ilegítimos.⁶

Seguindo uma tendência liberal o Código de Napoleão rompeu o conceito sacramental do casamento e substituiu-o por um contrato de casamento. Segundo Max Altman:

“A figura importante do matrimônio deixou de ser o pároco e o altar para vir a ser o notário e o cartório. O casamento se tornou "*un affair d'argent*" (um negócio de dinheiro). Por conseguinte, reduzido o casamento a um ato secular regulamentado pelo Estado, o divórcio foi legalizado. A lei do Estado substituiu, por assim dizer, a lei de Deus.”⁷

O Código de Napoleão influenciou todos os Códigos posteriores, principalmente o Direito Ocidental por, entre outros motivos, evidenciar o Direito como sistema organizando do próprio sistema jurídico.

No Brasil, as Ordenações Filipinas regeram as regras sobre o casamento, em virtude do Decreto de 1823, até o ano de 1917 com a entrada em vigor do Código Civil, por meio do qual o ordenamento brasileiro passou a ter as próprias regras. O Código Civil desse período manteve uma visão tradicional e conservadora da família – união indissolúvel de homem e

⁵ GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro**. São Paulo: Saraiva, 2005. (Direito de Família, v. 6). p. 31.

⁶ MAX, Altman. **Hoje na História: Entra em vigor o Código Civil Napoleônico**. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/3317/conteudo+opera.shtml>>. Acesso em: 4 out. 2014.

⁷ MAX, Altman. **Hoje na História: Entra em vigor o Código Civil Napoleônico**. São Paulo, 2010. Disponível em: <<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/3317/conteudo+opera.shtml>>. Acesso em: 4 out. 2014.

mulher e seus descendentes. Diferenciando ainda filhos legítimos de ilegítimos, filhos adotivos, naturais e as normas de sucessão de cada um desses.

Porém, as normas legais não acompanharam as evoluções sociais e, mesmo que não fossem legalmente institucionalizadas, faticamente havia outros modelos familiares. Por exemplo, homens e mulheres convivendo como marido e mulher mesmo não sendo casados como no caso de concubinato.⁸

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 a família foi definida como base da sociedade e as desigualdades de poder entre homem e mulher assim como as desigualdades entre filhos “legítimos e ilegítimos” foram afastadas. O texto da Constituição foi regido resguardando prioritariamente o princípio da dignidade da pessoa humana.

“Art. 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

§ 1º - O casamento é civil e gratuito a celebração.

§ 2º - O casamento religioso tem efeito civil, nos termos da lei.

§ 3º - Para efeito da proteção do Estado, é reconhecida a união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar, devendo a lei facilitar sua conversão em casamento.

§ 4º - Entende-se, também, como entidade familiar a comunidade formada por qualquer dos pais e seus descendentes.

§ 5º - Os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

§ 6º O casamento civil pode ser dissolvido pelo divórcio.

§ 7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas.

§ 8º - O Estado assegurará a assistência à família na pessoa de cada um dos que a integram, criando mecanismos para coibir a violência no âmbito de suas relações”.

“Art. 227. É dever da família, da sociedade e do Estado assegurar à criança, ao adolescente e ao jovem, com absoluta prioridade, o direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, ao lazer, à profissionalização, à cultura, à dignidade, ao respeito, à liberdade e à convivência familiar e comunitária, além de colocá-los a salvo

⁸ CORRÊA, Marise Soares. **A história e o discurso da lei: o discurso antecede à história**. Porto Alegre. PUCRS, 2009. Tese (Doutorado em História). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009. p. 16.

de toda forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão”.⁹

Muito embora a Carta Magna traga no artigo supracitado definições de entidades familiares, a doutrina contemporânea, atualizada com a realidade social, entende que tratar-se de *numerus apertus*, pois existem outras entidades familiares implícitas e baseadas na afetividade que devem ser tratadas e protegidas da mesma forma que as explicitamente descritas no texto constitucional.

Hodiernamente, são diversas as formas de entidades familiares existentes no ordenamento jurídico brasileiro – matrimonial, informal, homoafetiva, anaparental, eudemonista, mosaico ou pluriparental.¹⁰

Os avanços sociais foram essenciais para a ampliação e evolução das entidades familiares. Houve uma significativa ruptura naquele modelo de família tradicional - formada por homem e mulher casados que viviam juntos com filhos advindos dessa união onde o homem provinha o sustento e a mulher cuidava integralmente da casa e dos filhos, sem haver necessariamente vínculo afetivo entre eles.

Foi fundamental a ampliação do modelo de família trazido pela Constituição Federal de 1988 reconhecendo, inclusive, as que não eram originadas pelo casamento. Corolário a Carta Magna, o Código Civil de 2002 privilegiou a função social e afetiva das entidades familiares como base da sociedade.

Seguindo esses avanços, no dia 17 de maio de 1990 o homossexualismo foi retirado do rol de doenças da Classificação Estatística Internacional de Doenças e Problemas Relacionados com a Saúde (CID) pela Organização Mundial de Saúde (OMS).

⁹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010. Arts. 226 e 227.

¹⁰ PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado**. 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012. p. 718.

Mesmo diante de todos esses avanços, ainda não se atingiu a proteção efetiva do Estado perante os vastos direitos dos modelos familiares existentes. Como exemplo, cite-se a omissão legislativa existente por tanto tempo concernente ao casamento, adoção, direitos previdenciários de modelos familiares atípicos e que acabam sendo decididos judicialmente pela aplicação de analogias e princípios. Outro exemplo dessa omissão legislativa acerca de modelos familiares distintos foi o fato de que apenas no ano de 2013 as uniões homoafetivas foram abrangidas pela Resolução do Conselho Federal de Medicina possibilitando que casais homossexuais utilizassem a gestação de substituição para conceberem um filho.

Diante dessa ampliação dos modelos familiares e da tutela estatal, talvez a maior conquista das sociedades familiares tenha sido o reconhecimento da filiação social sem que haja necessariamente vínculo genético entre pais e filhos, priorizando muitas vezes a afetividade em detrimento de laços apenas consanguíneos. Esse contexto fático juntamente com o crescente desenvolvimento e ampliação das técnicas de reprodução assistida, ensejam novas possibilidades de filiação e formações familiares que, conseqüentemente, levantam questões polêmicas e inéditas, impondo ao Ordenamento Jurídico a urgência na edição de normas legais que regulamentem esses progressos.

2.4 A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO DIREITO COMPARADO

Atualmente, os países que possuem legislação específica a respeito da gestação de substituição são: África do Sul, Austrália, parte do Canadá e dos Estados Unidos, Grécia, Hungria, Índia, Inglaterra, Israel, Rússia, e Ucrânia.

Na Alemanha, Espanha, Portugal, Itália, França, Áustria e Noruega a gestação de substituição é vedada. Já Argentina, Bélgica, Finlândia, Bulgária, Islândia e Irlanda são países

que já têm projetos de leis ou pelo menos já discutem a edição de leis sobre a aplicação da técnica.¹¹

Diante desse cenário mundial, destacam principalmente a Índia e os Estados Unidos por autorizarem (sob certas condições) a técnica do útero de aluguel. A prática se realiza-se mediante pagamento pela gestação com a assinatura de um contrato no qual a mulher que gestará a criança compromete-se a entregar o neonato a quem idealizou o seu nascimento logo após o parto. Dos cinquenta Estados que compõem os Estados Unidos da América apenas doze proíbem ou não permitem a aplicação da gestação de substituição. Nos demais Estados, ou a prática é comumente aceita, como na Flórida e Califórnia, ou decidida pela análise do caso concreto.¹²

Nesse contexto, em decorrência da proibição e especificidades de cada país, um número crescente de casais oriundos da Europa, Brasil e até mesmo dos Estados Unidos realizam a contratação de úteros de substituição na Índia por razões diversas.

Conhecida como a capital da barriga de aluguel, a cidade indiana de Ananda possui legislação autorizando o aluguel do útero mediante pagamento¹³. Para isso, possui aproximadamente mil e quinhentas clínicas de reprodução humana assistida com infraestrutura completa para alojar mulheres grávidas para clientes do mundo todo. No ano de 2013 a estimativa era que essas clínicas movimentavam cerca de U\$\$ 2 bilhões de dólares por ano. Em Ananda, o procedimento de aluguel do útero custa em média U\$\$ 20 mil dólares, valor dividido entre a clínica e a mãe de aluguel. Em contrapartida, nos Estados Unidos, uma barriga de aluguel

¹¹ MISTEREMISTER. **Tudo o que você precisa saber sobre barriga de aluguel**. Disponível em: <<http://misteremister.com/tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-barriga-de-aluguel/>>. Acesso em: 13 fev. 2015.

¹² LOPES, Adriana Dias. Gravidez a Soldo. **Veja**. Edição 2059. Publicada em 7 de maio de 2008. p. 140.

¹³ LOPES, Adriana Dias. Gravidez a Soldo. **Veja**. Edição 2059. Publicada em 7 de maio de 2008. p. 141-143.

custa aproximadamente três vezes mais que esse valor, incluindo as despesas com hospedagem, passagens aéreas e despesas médicas.¹⁴

Considerada a variedade de posicionamentos desses países é relevante frisar ainda que o ser humano tem como característica inata a necessidade de procriação e o pluralismo comportamental - que é o ponto inicial para a discussão do tema. Como observado, a barriga de aluguel é uma realidade da sociedade atual, presente pela necessidade de casais ou indivíduos em gerar um filho e em contra partida do benefício financeiro que a outra parte auferir. Além disso, a gestação de substituição gera consequências jurídicas e, por isso, é necessário que o Direito regule e discipline essa realidade social.

As correntes contrárias à prática da barriga de aluguel remunerada argumentam, entre outros, que esse tipo de gestação degrada a mulher e viola a dignidade da pessoa humana (tanto da mulher quanto da criança a ser concebida) porque o corpo e capacidade reprodutiva feminina estariam sendo utilizados/comercializados como meros instrumentos e a criança é coisificada como simples objeto de um negócio.

A tese favorável à prática defende que o Direito não pode privar um casal ou até mesmo um único indivíduo de perpetuar-se através de um filho, principalmente porque a ciência já possibilita esse feito. Com a prática da gestação de substituição a criança não é um objeto que pode ser usado de qualquer maneira pelo “encomendante” – é um ser humano com todos os direitos previamente resguardados, que nascerá com o propósito de integrar a família de quem o planejou. Ambos os argumentos serão devidamente aprofundados posteriormente.

No Brasil a gravidez de substituição atualmente é disciplinada pela Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 2.013/2013 que regula as normas éticas para utilização

¹⁴ COLLUCCI, Cláudia. Barrigas de Aluguel. **Jornal Folha de São Paulo**. Publicado em 3 de fevereiro de 2013.

das técnicas de reprodução assistida e sobre a gestação de substituição. Trata-se de uma norma deontológica, de cumprimento exclusivamente obrigatório apenas para médicos.¹⁵

Essa Resolução autoriza a gravidez de substituição apenas quando preenchidos os seguintes requisitos: quando pré-exista problema médico que impeça ou contra-indique a gestação da doadora genética; em caso de união homoafetiva; que a doadora temporária do útero tenha até cinquenta anos de idade e parentesco consanguíneo até o quarto grau com algum dos parceiros; e ainda, que a gravidez de substituição não envolva transações pecuniárias.

Nesse ínterim, há situações fáticas que não são atingidas pelo disposto na Resolução supra mencionada - o que dizer dos casais que não possuem uma parente até o quarto grau e com idade inferior a cinquenta anos? Ou mesmo àqueles casais que, possuindo alguém na família com essas características, não conseguem “convencer” a familiar a gerar um filho para eles? E no caso de a doadora temporária do útero decidir não entregar a criança após o seu nascimento? E caso a criança nasça com alguma anomalia e quem a encomendou desista de sua guarda?

Essas são apenas algumas das questões levantadas ao tratar da gestação de substituição, ao analisar as peculiaridades tanto de casais heterossexuais quanto das uniões homoafetivas, várias outras questões são indagadas.

No decorrer do presente trabalho serão demonstrados argumentos inegavelmente impositivos ao Estado regulamentar a gestação de substituição. O Direito não pode simplesmente ser omissor e com isso impedir que pessoas com limitações genéticas e ou biológicas realizem o desejo de ter um filho, já que essa é uma possibilidade real desenvolvida pela ciência médica e tecnológica.

¹⁵ CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº. 2013/2013**. Brasília; 2013. Disponível em: <http://www.portalmédico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 29 nov. 2014.

Outro aspecto importante quanto a regulamentação da gravidez de substituição no Brasil é que em sendo gratuita e até mesmo solidária, a mulher que voluntariamente dispõe seu corpo a uma gestação de outrem terá necessidades financeiras de alimentação, vestuário, farmacológicas e principalmente despesas médicas, que necessitam ser supridas.

Quando realizada a gestação de substituição, outro conflito que surge diz respeito a maternidade e paternidade do neonato uma vez que podem haver três “tipos” de pai e de mãe: a) genéticos (doadores dos respectivos gametas); b) biológicos (quem gestou a criança e seu marido); c) institucionais (aqueles que encomendaram a criança). Esse aspecto é relevante porque pode desencadear conflitos jurídicos a respeito do reconhecimento da maternidade e paternidade.

Pelo fato de o ordenamento jurídico brasileiro não tratar diretamente sobre a gestação de substituição, aplica-se aos casos concretos o artigo 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, dispõe que “quando a lei for omissa, o juiz decidirá de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direito.”¹⁶

A princípio, parece que as omissões legislativas poderiam ser facilmente supridas. No entanto, o grande problema que surge é que nesse caso o juiz deverá decidir de acordo com a analogia, os costumes e os princípios gerais de direitos.

Porém, esse procedimento é relativamente novo no ordenamento jurídico, far-se-á analogia com qual paradigma? Quanto aos costumes, é inegável que a prática já existe, inclusive na modalidade remunerada, e não possui uma postura social unanime. Por fim, os princípios gerais de direito muitas vezes se chocam devendo o aplicador do Direito mitigar um para que outro seja aplicado.

¹⁶ BRASIL. **Lei 4.657, de 4 de setembro de 1942**. Brasília, 1942. Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro. Art. 4º. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2014.

Diante disso, será que o Brasil tem suprido a lacuna legislativa na gestão de substituição de maneira legal e justa? O que fica evidente é que não existem respostas prontas e tanto a doutrina quanto a jurisprudência não possuem entendimento pacificado sobre o tema.

3 EFEITOS JURÍDICOS DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

3.1 A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO

Mesmo diante das diversas denominações da técnica de gestação de substituição é essa que se mostra mais adequada e exatamente a que foi adotada pelas Resoluções do Conselho Federal de Medicina Brasileiro.

A gestação de substituição é classificada como uma modalidade de reprodução assistida. Porém, não é uma técnica científica propriamente dita já que o que ocorre é a gestação de um embrião por uma mulher que posteriormente entregará a criança a quem a solicitou.

No Brasil, não há legislação específica ou mesmo genérica sobre o tema da gestação de substituição. O Código Civil de 2002 se limitou a legislar timidamente acerca da reprodução assistida em seu artigo 1.597:

“Presumem-se concebidos na constância do casamento os filhos:

[]

III - havidos por **fecundação artificial homóloga**, mesmo que falecido o marido;

IV - havidos, a qualquer tempo, quando se tratar de embriões excedentários, decorrentes de **concepção artificial homóloga**;

V - havidos por **inseminação artificial heteróloga**, desde que tenha prévia autorização do marido.” (grifo nosso)¹⁷

Essa previsão legislativa refere-se apenas a presunção de paternidade e, segundo o Enunciado nº 257 da III Jornada de Direito Civil do ano de 2012 não aplica-se à gestação de substituição:

“As expressões “fecundação artificial”, “concepção artificial” e “inseminação artificial”, constantes, respectivamente, dos incs. III, IV e V do art. 1.597 do Código Civil, devem ser **interpretadas restritivamente, não abrangendo** a utilização de **óvulos doados e a gestação de substituição**”. (grifo nosso)¹⁸

¹⁷ BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, 2002. Código Civil. Art. 1597. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 20 dez. 2014.

¹⁸ BRASIL. **III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>. Acesso em: 1º nov. 2014.

O posicionamento restritivo do Código Civil Brasileiro evidencia a tentativa insuficiente do legislador em regulamentar as relações advindas das técnicas de reprodução assistida.

Em razão da lacuna legal acerca do tema gestação de substituição, foram editadas Resoluções do Conselho Federal de Medicina (CFM) que são obrigatoriamente aplicadas pelos médicos e clínicas nos casos de reprodução humana assistida, inclusive quando praticada a gestação de substituição. No que se refere a gestação de substituição, a Resolução aplicável atualmente no ordenamento brasileiro é a Resolução nº. 2.013 de 9 de maio de 2013 que revogou a Resolução CFM nº. 1.957/2010 e com isso ampliou a prática a casais homoafetivos. Dispõe em seu inciso VII:

“As clínicas, centros ou serviços de reprodução humana podem usar técnicas de RA para criarem a situação identificada como gestação de substituição, desde que exista um problema médico que impeça ou contraindique a gestação na doadora genética ou em caso de união homoafetiva.

1 - As doadoras temporárias do útero devem pertencer à família de um dos parceiros num parentesco consanguíneo até o quarto grau (primeiro grau – mãe; segundo grau – irmã/avó; terceiro grau – tia; quarto grau – prima), em todos os casos respeitada a idade limite de até 50 anos.

2 - A doação temporária do útero não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

3 - Nas clínicas de reprodução os seguintes documentos e observações deverão constar no prontuário do paciente:

- Termo de Consentimento Informado assinado pelos pacientes (pais genéticos) e pela doadora temporária do útero, consignado. Obs.: gestação compartilhada entre homoafetivos onde não existe infertilidade;

- relatório médico com o perfil psicológico, atestando adequação clínica e emocional da doadora temporária do útero;

- descrição pelo médico assistente, pormenorizada e por escrito, dos aspectos médicos envolvendo todas as circunstâncias da aplicação de uma técnica de RA, com dados de caráter biológico, jurídico, ético e econômico, bem como os resultados obtidos naquela unidade de tratamento com a técnica proposta;

- contrato entre os pacientes (pais genéticos) e a doadora temporária do útero (que recebeu o embrião em seu útero e deu à luz), estabelecendo claramente a questão da filiação da criança;

- os aspectos biopsicossociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal;

- os riscos inerentes à maternidade;

- a impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, salvo em casos previstos em lei ou autorizados judicialmente;

- a garantia de tratamento e acompanhamento médico, inclusive por equipes

multidisciplinares, se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero, até o puerpério;

- a garantia do registro civil da criança pelos pacientes (pais genéticos), devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez;

- se a doadora temporária do útero for casada ou viver em união estável, deverá apresentar, por escrito, a aprovação do cônjuge ou companheiro”.¹⁹

A Resolução nº. 2.013/2013 significou grande avanço porque permitiu que casais homoafetivos, não abrangidos pela Resolução anterior, fossem beneficiados com a técnica de útero de substituição. Outro avanço foi na ampliação do grau de parentesco da doadora temporária para o 4º (quarto) grau e a possibilidade desse parentesco ser com qualquer dos parceiros, dispensando a anterior necessidade de parentesco até o 2º (segundo) grau entre a doadora temporária do útero com a doadora genética. No entanto, a Resolução nº. 2013 manteve a vedação a comercialização do útero de substituição e também a limitação de idade da doadora temporária do útero em 50 anos.²⁰

Nos casos em que a gestação de substituição pretende ocorrer fora dos padrões estabelecidos pela Resolução nº 2.013 do CFM o que vem sendo praticado é que caberá ao Conselho Regional de Medicina autorizar ou não a aplicação da gestação de substituição naquele caso concreto.²¹

Uma decisão importante foi a do Parecer nº 126.750/05 do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo a respeito da gestação de substituição por meio de uma terceira pessoa, sem grau de parentesco com o casal que pretendia ter o filho:

“Segundo documentos protocolados em 20.12.2005, no CREMESP, o Sr. M.C.A. e sua esposa M.L.S.A. solicitam a autorização para a transferência de embriões para uma terceira pessoa/receptora identificada como M.J.M.S.

Neste sentido, informa:

¹⁹ Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº. 2013/2013**. Brasília; 2013. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2014.

²⁰ Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº. 2013/2013**. Brasília; 2013. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2014.

²¹ Conselho Federal de Medicina. **Resolução nº. 2013/2013**. Brasília; 2013. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>. Acesso em: 2 fev. 2014.

"1) O ora representante, na qualidade de médico ginecologista/obstetra, atende o casal supra mencionado (M.C.A. e M.L.S.A.) nas tentativas que o mesmo realiza para gerarem um filho natural seu.

2) Ocorre que embora **casados há 7 (sete) anos, esta gestação ainda não se concretizou, uma vez que a Sra. M.L.S.A. é portadora de incompetência de Istmo Cervical**, alteração que impede a manutenção da gestação até o término.

3) Em consequência desta doença, a Sra. M.L.S.A. **teve interrompida suas quatro gravidezes**, sendo que na primeira, seu problema clínico fez com que a criança nascesse com prematuridade extrema, vindo a falecer três horas após, conforme atesta a certidão de óbito da criança G.S.A., no dia 04.01.99.

4) A segunda gravidez foi interrompida na sua décima oitava semana em 28 de dezembro de 1999, haja vista a necessidade de proceder à curetagem uterina, uma vez que o útero estava muito grande e amolecido, procedimento este realizado pelo Dr. J.B.S.

5) Na terceira gravidez, a criança do casal em tela teve duração de vida um pouco maior (14 dias), mas em decorrência da doença, teve por causa mortis falência de múltiplos órgãos, conforme certidão de óbito de L.R.S.A., no dia 03.02.2002.

6) Na quarta gestação, quando estava com cinco meses de gravidez, a Sra. M.L.S., "no dia 16.06.2005, no Hospital P.M.P., foi internada por quadro de abortamento tardio e quadro séptico", conforme relatório médico da citada maternidade, assinada pela Dra. R.M.

7) Devido às consequências graves deste aborto, no dia 27.06.05, no mesmo hospital acima, a Sra. M.L.S. **"foi submetida à laparotomia exploradora, por quadro de abdome agudo hemorrágico no 10º PO de histerectomia por endometriose. Na laparotomia foi observada a presença de aproximadamente 3 litros de sangue dentro da cavidade, porém sem que tenha sido localizado ponto hemorrágico, ficando com diagnóstico de sangramento por alteração da coagulação sanguínea. A paciente estava em estado geral grave de choque hemorrágico"**, conforme atestam o relatório assinado pela mesma médica acima descrita.

8) E decorrência do acima exposto, **a paciente Sra. M.L.S. não pôde mais receber embriões em seu útero**, portanto, não tem mais nenhuma condição de conduzir uma gestação. É de bom alvitre salientar que a paciente **possui mais de 40 (quarenta) anos, assim, sabemos que produz cada vez menos óvulos**.

9) Todavia, **o casal ainda mantém inabalável a aspiração de constituir sua prole com os elementos genéticos do casal, em consonância com desejo natural dos seres humanos**.

10) Ressalta-se que **o avanço médico permite a fecundação in vitro e a gestação do respectivo embrião originado de material genético exclusivamente do casal que deseja se reproduzir em uma terceira pessoa**.

11) Considerando que esta **terceira pessoa, no caso a Sra. M.J.M.S., cederá, gratuitamente, apenas o espaço físico do seu útero e os alimentos necessários ao desenvolvimento do feto em questão**, e tendo se manifestado consciente de que partiu exclusivamente do casal o desejo de ter a criança e o respectivo material genético, portanto não terá nenhum vínculo genético ou moral com este nascimento, têm-se que a gestação do óvulo fecundado do casal no ventre da receptora mostra-se o recurso disponível mais seguro e adequado ao caso.

12) Importante salientar ainda que **a Sra. M.L.S.A. não possui nenhum parente consanguíneo (irmã, mãe) que pudesse ceder seu útero para a transferência e gestação dos embriões, tampouco seu marido**.

13) **A receptora Sra. M.J.M.S., por seu turno, com 30 anos de idade, saudável, dois filhos vivos e saudáveis e sem nenhuma pretensão de ter aumentada a sua prole, mostrou-se sensibilizada com o drama vivido pela Sra. M.L.S.A., a quem vem acompanhando desde a primeira gestação infeliz, oferecendo-se para tão nobre**

função apenas pela recompensa de ver concretizado o sonho natalino do casal em epígrafe.

14) Reitera-se que a receptora M.J.M.S. consentiu com a transferência máxima do número de embriões permitidos, esclarecida: a) que doará temporariamente o útero; b) dos aspectos bio-psico-sociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal; c) dos riscos inerentes da maternidade; d) da impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, mesmo que diante de uma anomalia genética, salvo raras exceções autorizadas judicialmente.

15) O casal em questão, por sua vez, oferece à receptora garantia de tratamento e acompanhamento médico e de equipes multidisciplinares se necessário até o puerpério, bem como adotará as medidas judiciais para o competente registro da criança, tendo as partes elaborado documento escrito estabelecendo claramente os direitos e deveres das partes envolvidas.

...

17) Posto isto solicita deste E. Conselho Regional a autorização para transferência dos embriões do casal M.C.A. e M.L.S.A. para a receptora M.J.M.S., que firmam a presente, nos termos da Resolução 1.358/92, inciso VII, do E. Conselho Federal de Medicina (Gestação de Substituição)."

PARECER

Diante da documentação apresentada e considerando que nenhum impedimento ético e legal surgiu posteriormente ao Parecer Consulta nº 43.765/01, do Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo, que interpreta de maneira correta a Resolução 1.358/92, do Conselho Federal de Medicina, **o CREMESP autoriza a realização do procedimento, ressaltando a necessidade imprescritível de proceder de acordo com o recomendável no Parecer Consulta nº 43.765/01**, que segue:

"1. Proibição compulsória do "útero de aluguel" ou qualquer forma de remuneração ou compensação financeira da mãe gestacional.

2. Consentimento esclarecido à mãe que doará temporariamente o útero dos aspectos bio-psico-sociais envolvidos no ciclo gravídico-puerperal, e dos riscos inerentes da maternidade.

3. Esclarecimento da impossibilidade de interrupção da gravidez após iniciado o processo gestacional, mesmo que diante de uma anomalia genética, salvo raras exceções autorizadas judicialmente.

4. Garantia de tratamento e acompanhamento médico e de equipes multidisciplinares se necessário, à mãe que doará temporariamente o útero até o puerpério.

5. Garantia de registro da criança pelos pais genéticos, devendo esta documentação ser providenciada durante a gravidez, além de "contrato" entre as partes estabelecendo claramente esta situação.

6. Recomenda-se que a receptora M.J.M.S. faça um acompanhamento psicológico, se necessário.

Em conclusão, fica atendido o solicitado pelo Dr. A.I.J., diante da documentação já apresentada.

Dada a excepcionalidade desta Consulta, solicitamos ao Dr. A.I.J. que nos envie relatório de como o procedimento se deu e como evoluiu a cessão temporária de útero de doadora não pertencente à família da doadora genética."(grifo nosso)²²

²² BRASIL. Conselho Regional de Medicina do Estado de São Paulo. **Consulta nº 126.750/05**. Autorização para a transferência de embriões para uma terceira pessoa. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=6391&tipo=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo&numero=126750&situacao=&data=17-04-2006>>. Acesso em: 10 mar. 2015.

Muito embora os Conselhos de Medicina tentem adaptar suas decisões às necessidades peculiares dos indivíduos, como fica evidenciado no caso supracitado, e mesmo considerando que a Resolução nº 2.013/2013 tenha significado alguns avanços e de certo modo a regulamentação da prática da gestação de substituição, é imprescindível lembrar que as Resoluções do Conselho Federal de Medicina são meramente deontológicas, ou seja, visam normatizar e fiscalizar atividades médicas de forma ética, mas não possuem força vinculante *erga omnes* e o seu descumprimento é legítimo para aplicação de sanções apenas aqueles que são médicos e estão sujeitos aos respectivos Conselhos.

3.2 PROCEDIMENTO ANTE A AUSÊNCIA DE LEGISLAÇÃO ESPECÍFICA

Como vastamente explanado, a gestação de substituição no Brasil está sujeita aos requisitos existentes na Resolução nº 2.013/2013 do Conselho Federal de Medicina. Esse procedimento deve ser realizado apenas por clínicas particulares autorizadas a funcionar pelo respectivo Conselho Regional. O Sistema Único de Saúde não realiza esse procedimento.

Segundo a Sociedade Brasileira de Reprodução Assistida, existem atualmente vinte e duas clínicas cadastradas em todos Brasil, porém, no ano de 2008 já existiam cerca de cento e setenta centros de medicina reprodutiva, número em crescente aumento e difícil de ser especificado corretamente.²³

Primeiramente, é necessário que haja um casal interessado em gerar uma criança utilizando a técnica de gestação de substituição, óvulos e espermatozóides e uma mulher já previamente preparada para recebê-los. O casal doa os respectivos gametas para que sejam fecundados *in vitro* e posteriormente implantado no útero da mulher receptora, que suportará toda a gestação do feto.

²³ LOPES, Adriana Dias. Gravidez a Soldo. **Veja**, São Paulo, Edição 2059. Publicada em 7 maio 2008. p. 141-143.

Como evidência dos avanços e conquistas dos direitos homoafetivos no Brasil, a Resolução nº 2.013 ampliou a possibilidade do procedimento da gestação de substituição a casais homoafetivos. Para os casais homossexuais haverá a doação de material genético, a ser utilizado na fecundação do embrião, de acordo com o gênero do casal. Por razões claras, o material genético de apenas um indivíduo do casal será utilizado e o doador do outro gameta, necessário para a fecundação, não tem direito a nenhum contato com os futuros pais ou com o bebê, sendo mantido o anonimato do doador pela clínica de fertilização.

Outro requisito indispensável para a realização do procedimento é que a doadora temporária do útero não pode ter mais de cinquenta anos de idade e ainda, deve haver, impreterivelmente, grau de parentesco de até quarto grau com um dos indivíduos do casal. Nessa linha, a doadora temporária deverá ser mãe, filha, avó, prima ou a tia de um deles.

Para os casais heterossexuais, a autorização da gestação por substituição deve ser precedida de comprovação, por parecer médico, da impossibilidade ou do risco da gestação para a mulher ‘encomendante’ e doadora do genético.

Em todos os casos, é necessária a concordância inequívoca de todos os envolvidos com o procedimento mediante assinatura, na clínica de fertilização, do Termo de Consentimento Informado – documento importante também por assegurar ao casal ‘encomendante’ o registro da criança quando de seu nascimento.

O Termo de Consentimento Informado também deve conter a ciência de eventual cônjuge ou companheiro da doadora do útero. Esse requisito visa afastar possível processo judicial de reconhecimento da paternidade por parte do cônjuge ou companheiro da mulher que cederá o útero para a gestação.

Por fim, o Termo de Consentimento Informado deve ser assinado por duas testemunhas e, para a efetivação desse, deve haver um parecer psicológico de cada um dos

envolvidos recomendando o procedimento juntamente com uma avaliação clínica da doadora do útero atestando sua capacidade médica e biológica de suportar a gravidez. Na ocasião, todos assinam também o termo de ciência em que afirmam que o procedimento da gestação por substituição não possui fins lucrativos.

Nos casos em que qualquer dessas exigências supracitadas não forem observadas, independente do fundamento, faz-se necessário a autorização do respectivo Conselho Regional de Medicina com o devido deferimento judicial.

3.3 A GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO E OS LAÇOS DE FILIAÇÃO

De acordo com Maria Helena Diniz filiação é o vínculo existente entre os pais e filhos, sendo possível que essa relação seja socioafetiva entre pai adotivo e institucional e filho adotado ou advindo de inseminação artificial heteróloga.²⁴

Com a introdução das técnicas de reprodução assistida na realidade social surgiu a necessidade de estabelecer o fundamento basilar da paternidade, maternidade e filiação resultante dessas técnicas. O Código Civil de 2002 já trouxe no artigo 1.593 a possibilidade de parentesco além da consanguinidade “o parentesco é natural ou civil, conforme resulte de consanguinidade ou outra origem”.²⁵

Ao usar o termo “outra origem” para a possibilidade de parentesco civil o legislador deixou aberto de forma ampla os vínculos possíveis, inclusive os decorrentes de reprodução humana assistida.

Como anteriormente exposto, o artigo 1.597 do Código Civil sobre presunção de paternidade em caso de fecundação artificial, não é aplicável à gestação de substituição. O que

²⁴ DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro**. Direito de família. 22. ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo: Saraiva, 2007. v 5. p. 420-422.

²⁵ BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, 2002. Código Civil. Art. 1593. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 12 jan. 2014.

revela ser uma desigualdade entre a presunção de paternidade e a de maternidade na gestação de substituição em comparação aos outros meios de reprodução assistida.

Quanto a maternidade, a tendência do ordenamento jurídico brasileiro é que ela seja presumida pelo parto e gestação. No entanto, essas presunções de maternidade e paternidade mostram-se obsoletas diante dos novos modelos familiares e também das técnicas de reprodução humana assistida já que os laços biológicos não são mais a única forma de conceber um filho.

Diante da procriação assistida há de se estabelecer se a origem das relações paterno-materno-filiais será decorrente:

- a) Verdade jurídica: aparente consanguinidade;
- b) Verdade biológica: comprovada e inegável consanguinidade;
- c) Verdade afetiva: fonte diversa da consanguinidade.

Para estabelecer a origem do parentesco na hipótese de gestação de substituição é necessário observar os valores, princípios, normas constitucionais e infraconstitucionais porque também nesse aspecto a legislação brasileira é omissa.

Ponto relevante a ser considerado quanto a prática da gestação de substituição diz respeito ao pátrio poder e vínculos familiares do nascituro. Os conflitos acerca da maternidade e paternidade são inevitáveis por causa da pluralidade de pessoas envolvidas na prática da reprodução.

Eventualmente o nascituro oriundo de uma gravidez de substituição pode ter até três pais e três mães. Por exemplo: 1) o casal que deseja/planeja a criança, mas não pode fecundá-la ou mesmo; 2) o casal que fornece os gametas necessários para a fecundação, e 3) o casal que aceita gestar o embrião fecundado. Essas possibilidades são expostas do ponto de vista científica, mas juridicamente quem seriam os pais legítimos dessa criança?

Embora usualmente o sistema jurídico brasileiro reconheça a filiação aos pais que encomendaram o nascimento da criança, inclusive nos casos de casais homossexuais, o vínculo de filiação dependerá do caso concreto decidido dentro dos limites constitucionais. Ou seja, não há segurança jurídica quanto ao rumo que os laços de filiação decorrentes da gestação de substituição possam tomar.

Atualmente, a filiação biológica não está hierarquicamente superior a filiação afetiva. Sendo que a verdade afetiva pode, diante de certas circunstâncias, superar a verdade biológica, como bem descreve Eduardo de Oliveira Leite:

“Existe uma afeição que se estabelece durante as primeiras semanas e os primeiros meses de vida, entre uma criança e uma mulher, afeição capaz de forjar uma filiação, isto é, um vínculo de amor que nada tem a ver com a filiação meramente biológica”.

26

Como consequência da evolução médica e científica, a filiação desvinculou-se da ordem exclusivamente biológica e cada vez mais tem se baseado na ligação socioafetiva, resultando assim na coexistência de sistemas de filiação baseados nos vínculos biológicos, socioafetivos e ou jurídicos.

Com as possibilidades advindas das técnicas de reprodução humana assistidas, principalmente da técnica de gestação de substituição, maternidade e paternidade não possuem presunção absoluta e, portanto, podem ser questionadas.

Um grande problema que surge decorre da possibilidade de filiação tanto por vínculos biológicos quanto por vínculos afetivos, criando assim uma lacuna jurídica no que tange a verdade adequada que deverá prevalecer nos casos de gestação de substituição. Baseado em que vínculo o magistrado se posicionará nos casos em que tanto o casal que “encomendou” a criança quanto àquela que gestou desejarem ficar com a criança?

²⁶ LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 122

Nesse interim, ante a ausência de regulamentação específica, não havendo nenhuma ilegalidade, os magistrados vêm aplicando aos casos concretos o princípio do melhor interesse da criança. Diante disso, apesar de a Lei nº 6.015/73 [Lei dos Registros Públicos] não prever a hipótese do registro civil de crianças pelos doadores genéticos, o entendimento dos juízes e Tribunais de Justiça tem sido no sentido de autorizar o registro pelos pais genéticos.

“JUÍZA AUTORIZA REGISTRO DE CRIANÇA GERADA EM BARRIGA DE ALUGUEL

A juíza Vânia Jorge da Silva, da 6ª Vara de Família Sucessões e Cível, **autorizou uma mulher a registrar como sua filha criança gerada na barriga da tia**. Ela não podia engravidar, mas por métodos de reprodução assistida, conseguiu realizar o sonho de ser mãe quando sua cunhada concordou em emprestar seu útero. No entanto, **na certidão de nascido vivo da menina, fornecida pelo Hospital Goiânia Leste, consta o nome da tia como parturiente, o que impedia os pais de a registrarem em seu nome no cartório de registro civil**.

“Constata-se que, diante da evolução científica e progresso da medicina, o casal **requerente viu a possibilidade de realizar o desejo de ter um filho próprio, utilizando-se de empréstimo de útero alheio**. A doadora, por seu turno, voluntária e altruisticamente concordou, ciente de que a criança não perderia o vínculo com seus pais biológicos”, observou Vânia. A ação foi protocolada pela Defensoria Pública do Estado de Goiás”. (grifo nosso)²⁷

No caso supracitado a certidão de nascido vivo da criança reconhecia como mãe a mulher parturiente, o que só foi alterado por meio de decisão judicial. Há, no entanto, casos em que o casal que planejou a gestação e ou doou o material genético já tenham o nome previamente inserido na certidão de nascido vivo (atestada pelo médico que fez o parto), mediante autorização judicial. Como é o caso:

“DECISÃO JUDICIAL TRAZ ALÍVIO PARA PAIS BIOLÓGICOS

Depois de obter na Justiça o direito de registrar a filha biológica, o casal Rodrigo e Thays Dallagnol aguarda com ansiedade a chegada de Manoela. A menina está sendo gerada pela irmã de Rodrigo e o parto está marcado para o dia 6 de agosto, em Cuiabá. Durante os últimos quatro meses, **o casal conta que viveu com receio de não conseguir registrar a criança no momento do nascimento e que a decisão judicial trouxe, além de alívio, confiança no futuro**. “Tinha medo que a decisão demorasse, mas foi muito rápida”, observou a futura mamãe.

Casados há oito anos, Rodrigo e Thays Dallagnol são pais de Eri, um menino de seis anos, que em virtude de um parto prematuro sofre de paralisia cerebral. Os médicos sempre aconselharam o casal a ter outro bebê, para estimular o desenvolvimento do

²⁷ PAULINO, Conrado. **Juíza Autoriza Registro de Criança Gerada em Barriga de Aluguel**. Disponível em: <<http://www.conradopaulinoadv.com.br/index.php/juiza-autoriza-registro-de-crianca-gerada-em-barriga-de-aluguel/>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

irmão mais velho. Porém, Thays desenvolveu um câncer de colo de útero e teve que retirar o órgão. Antes, porém, recolheu os óvulos.

A solução apresentada ao casal por especialistas foi procurar uma clínica para realizar a fertilização in vitro. A irmã de Rodrigo se ofereceu para ser a barriga de aluguel e o procedimento foi realizado com sucesso. O problema então passou a ser como assegurar o direito dos pais biológicos registrarem a criança. Foi então que eles procuraram o advogado Breno Ferreira Alegria, que ingressou na Justiça com uma Ação Reivindicatória de Paternidade e Maternidade com Pedido de Antecipação de Tutela.

O processo foi julgado pelo juiz de Direito Auxiliar da Quarta Vara Especializada da Família e Sucessões da Comarca da Capital, Francisco Alexandre Ferreira Mendes Neto, que determinou à maternidade (Clínica Femina ou outra unidade hospitalar) a expedição da Declaração de Nascido Vivo da criança em nome dos pais biológicos.

Na avaliação do advogado, o magistrado teve uma atitude corajosa, pois nem a ausência de jurisprudência o impediu de tomar uma decisão inovadora. Segundo o advogado, a Justiça vem acompanhando a evolução da sociedade e garantindo direitos e garantias das pessoas, mesmo diante da ausência de legislação sobre o assunto. “Essa decisão mostra respeito à família e contempla a vida”, salientou o advogado.

Na decisão, o magistrado destacou que o assunto é inquietante, difícil de opinar, uma vez que envolve questões éticas, morais e jurídicas. A situação é agravada ainda pela falta de legislação específica a respeito, além dos sentimentos e expectativas das partes e de seus problemas psicológicos. Porém, citou que mesmo nas hipóteses de lacuna ou obscuridade da lei, não pode o magistrado deixar de despachar ou sentenciar, devendo se socorrer à analogia, aos costumes e aos princípios gerais do direito.

“Não vislumbro nenhum prejuízo em atender a demanda inicial, até porque inexistente vedação legal para o procedimento adotado de fertilização in vitro e, ainda, por prevalecer o melhor interesse da criança, eis que corresponderá à lavratura do assento de nascimento com base na verdade biológica da filiação”, concluiu o magistrado”. (grifo nosso)²⁸

É importante frisar que essas ações correm em segredo de justiça, o que dificulta o acesso aos processos e decisões sobre a filiação nos casos de gestações de substituição. A divulgação geralmente ocorre por meio de imprensa, na forma de notícias.

Corolário ao reconhecimento e qualificação da união estável homoafetiva como entidade familiar no ordenamento jurídico brasileiro, o registro dos filhos nascidos por meios das técnicas de reprodução assistida, inclusive por gestação de substituição, de casais homoafetivos é possível pois esses casais são igualmente protegidos e lhes é assegurado tal direito.

²⁸ PAULINO, Conrado. **Decisão Judicial Traz Alívio Para Pais Biológicos**. Disponível em: <<http://www.conradopaulinoadv.com.br/index.php/decisao-judicial-traz-alivio-para-pais-biologicos/>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

Porém, mesmo revelando uma tendência nas decisões judiciais em permitir o registro do nascimento em nome dos pais biológicos que planejaram o nascimento da criança, as decisões prolatadas não suprem a insegurança jurídica, já que nem sempre os julgamentos caminham no mesmo sentido:

“MÃE QUE USOU BARRIGA DE ALUGUEL NÃO CONSEGUE REGISTRAR A FILHA

Com um problema no útero que a impede de ter filhos, a comerciante **Jordana Oliveira, 30, realizou o sonho de ser mãe há um ano e sete meses, quando a pequena Soraia nasceu graças à irmã do marido dela, que lhe “emprestou” a barriga.**

Mas, desde então, os pais biológicos têm enfrentado dificuldade em registrar a criança porque o procedimento não foi informado ao Conselho Regional de Medicina.

A fertilização foi realizada na clínica Fêmina, uma das mais tradicionais de Goiânia.

“Não consigo fazer um plano de saúde nem tenho autorização para viajar com ela porque o registro [de nascimento] ainda está no nome de minha cunhada”, diz Jordana.

A comerciante conta que o médico a orientou a se informar sobre o registro quando a gestação já tinha seis meses.

Depois do nascimento, Jordana e o marido, Érico Gomes, procuraram a Defensoria Pública para tentar alterar o registro da criança, que tem apenas uma certidão de nascido vivo, na Justiça”. (grifo nosso)²⁹

Tais considerações expõem a complexidade do assunto que envolvem as verdades de maternidade, paternidade e filiação vinculadas as técnicas de reprodução assistida e urgem pela normatização efetiva do Estado.

3.4 ASPECTOS PENAIIS DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL

A Constituição Federal trata em seu artigo 199 da utilização de órgãos e tecidos humanos, vedando todo tipo de comercialização, como expressamente disposto no § 4º:

“A lei disporá sobre as condições e os requisitos que facilitem a remoção de órgãos, tecidos, e substâncias humanas para fins de transplante, pesquisa e tratamento, bem como a coleta, processamento e transfusão de sangue e seus derivados, sendo vedado todo tipo de comercialização.”³⁰

²⁹ PAULINO, Conrado. **Mãe que Usou Barriga de Aluguel não Consegue Registrar a Filha**. Disponível em: <<http://www.conradopaulinoadv.com.br/index.php/mae-que-usou-barriga-de-aluguel-nao-consegue-registrar-a-filha/>>. Acesso em: 6 abr. 2015.

³⁰ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010. Art. 199. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 14 abr. 2015.

No entanto, o referido artigo constitucional não inclui a utilização do útero tendo em vista que o procedimento do útero de substituição não se assemelha ao transplante de órgãos por não ocorrer a remoção de órgãos, tecidos ou substâncias.

Não há também nenhuma norma penal explícita que tipifique como crime a prática da gestação de substituição em desacordo com as estipulações de Conselhos Médicos, nem mesmo a criminalização do “aluguel” do útero com a finalidade de gerar o filho de outrem. Nesse sentido, destacam-se as seguintes linhas de entendimentos:

Alguns doutrinadores entendem que a gestação de substituição em circunstâncias distintas do estipulado pela Resolução 2013/2013 ou mesmo a comercialização do útero de substituição não é ilegal em virtude do princípio da legalidade presente no artigo 5º, inciso II, CF e artigo 1º do Código Penal “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Este princípio, derivado do latim *nullum crimen sine praevia lege*, determina que uma conduta só pode ser considerada crime se antes de sua prática houver lei nesse sentido.

Citando as palavras do professor e doutor em direito penal Cezar Roberto Bitencourt:

“Pelo princípio da legalidade, a elaboração de normas incriminadoras é função exclusiva da lei, isto é, nenhum fato pode ser considerado crime e nenhuma pena criminal pode ser aplicada sem que antes da ocorrência deste fato exista uma lei definindo-o como crime e cominando-lhe a sanção correspondente.”³¹

Nesse trecho, o professor utiliza o termo “princípio da legalidade” porque entende, como parte minoritária da Doutrina, que o princípio da legalidade e o princípio da reserva legal são sinônimos. Entretanto, a Doutrina majoritária distingue esses princípios.

³¹ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal: Parte Geral**. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1. p. 46.

De todo modo, fica claro que somente a Lei em sentido *stricto*, editada pelo Poder Legislativo, pode definir crimes e cominar penas. Sendo assim, por ausência de previsão legal a prática de gestação de substituição ainda que com retribuição pecuniária não pode ser impedida ou sofrer a aplicação de qualquer sanção penal sem que haja a prévia tipificação.

Um segundo entendimento doutrinário se firma no entendimento de que a gestação de substituição remunerada seria um tipo de comércio de órgãos, já que “aluga-se” um órgão (o útero) e, sendo assim, defendem que a barriga de aluguel é sim uma prática ilegal, devidamente tipificada pelo artigo 15 da Lei nº 9.434 de 1997 (Lei de Remoção de Órgãos) que prevê pena de reclusão de três a oito anos e multa nos casos de compra, venda e intermediação de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano.³²

No entanto, esse entendimento esbarra em ponto crucial no Direito Penal - na prática não ocorre remoção de nenhuma parte do corpo humano, então haveria que se utilizar da analogia para abranger a prática remunerada do útero de substituição. Porém, a analogia *in malam partem* não é reconhecida no ordenamento jurídico brasileiro como uma técnica legítima de interpretação da Lei Penal. Trata-se de uma técnica integrativa, ou seja, busca suprir a falta de uma lei.

A analogia permite que o Julgador, quando não houver norma que regule o caso, aplique norma semelhante aquele caso a fim de que este não fique sem solução. Entretanto, a analogia nunca poderá ser usada para prejudicar o réu, sendo possível sua utilização apenas em favor do réu (analogia *in bonam partem*).

Destarte, por tratar-se de entendimento que utiliza da analogia *in malam partem* fica demonstrado que, mesmo considerados os argumentos contrários, não há como sustentar que o útero de substituição mediante retribuição pecuniária ou mesmo a gestação de substituição além

³² BRASIL. **Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997**. Regulamenta a Lei nº. 9.434 de 4 de fevereiro de 1997, que dispõe sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplante e tratamento e dá outras providências. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm>. Acesso em: 17 dez. 2014.

dos parâmetros estabelecidos pelo Conselho Federal de Medicina esteja reconhecidamente tipificado como crime no ordenamento jurídico brasileiro.

4 REGULAMENTAÇÃO DA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

4.1 PROJETOS DE LEI SOBRE GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO NO BRASIL

Alguns projetos de lei versando sobre a instituição de técnicas de reprodução assistida e sobre a gestações de substituição foram editados no Brasil. Porém, mostram pouco avanço se comparados às Resoluções do Conselho Federal de Medicina já que não tratam do tema com a importância e ponderações necessárias. Exemplo disso é o Projeto de Lei nº 3.638 de 1993 de iniciativa do Deputado Luiz Moreira, que encontra-se arquivado desde o ano de 2007.³³

Nesse tema, há também o Projeto de Lei nº 4.892 de 2012 de autoria do Sr. Eules Paiva, apensado ao Projeto de Lei nº 1.184/2003, que trata a gestação de substituição em seu capítulo V, nos seguintes termos:

“Art. 21. A cessão temporária de útero é permitida para casos em que a indicação médica identifique qualquer **fator de saúde que impeça ou contraindique a gestação** por um dos cônjuges, companheiros ou pessoa que se submete ao tratamento.

Art. 22. A cessão temporária de útero **não poderá implicar em nenhuma retribuição econômica** à mulher que cede seu útero à gestação.

Art. 23. A **cessionária deverá pertencer à família dos cônjuges ou companheiros, em um parentesco até 2º. Grau.**

Parágrafo único. **Excepcionalmente** e desde que comprovadas a indicação e compatibilidade da receptora, **será admitida a gestação por pessoa que não seja parente do casal**, após parecer prévio do Conselho Regional de Medicina.

Art. 24. Em todos os casos indicados, a cessão temporária de útero será formalizada por **pacto de gestação de substituição, homologado judicialmente** antes do início dos procedimentos médicos de implantação.

Parágrafo único. **São nulos os pactos de gestação de substituição sem a devida homologação judicial, considerando-se, nesse caso, a mulher que suportou a gravidez como a mãe, para todos os efeitos legais, da criança que vier a nascer.**

Art. 25. A gestação de substituição não poderá ter caráter lucrativo ou comercial.

Art. 26. Para que seja lavrado o assento de nascimento da criança nascida em gestação de substituição, será levado ao Cartório de Registro Civil de Pessoas Naturais o pacto de substituição homologado, juntamente com a comprovação do nascimento emitida pelo hospital, declaração do médico responsável pelo tratamento descrevendo a técnica empregada e o termo de consentimento médico informado”. (grifo nosso)³⁴

³³ BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 3.638 de 1993**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19976>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

³⁴ BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4.892/2012**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1059454.pdf>>. Acesso em: 01 nov. 2014.

O Projeto de Lei supracitado mostra-se insuficiente, além de estar desatualizado, a exemplo do disposto no artigo 23 que limita o parentesco com a cessionária do útero ao segundo grau enquanto a Resolução atualmente em vigor permite o parentesco até o quarto grau. Esse Projeto foi recebido no dia 21 de fevereiro de 2013 pela Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania e não houve tramitação desde então. Já o Projeto de Lei nº 1.184/2003 de autoria do Senador Federal Lúcio Alcântara, ao qual o Projeto de Lei nº. 4.892/2012 encontra-se apensado, aguarda parecer do Relator na Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania (CCJC).³⁵

Embora esses Projetos de Leis tenham sido editados, todos aguardem votação há anos e não acompanharam as evoluções científicas e sociais desde então. Em outras palavras, mostram-se inadequados a realidade social e familiar brasileira.

Com as evoluções nos modelos familiares e considerando a importância cada vez maior que a dignidade da pessoa humana tem ocupado nas discussões jurídicas e éticas no Brasil, é de relevante significado trazer o tema à discussão e analisar os efeitos decorrentes da legalização e ampliação da gestação de substituição bem como os princípios constitucionais relevantes à regulamentação do procedimento.

4.2 APLICAÇÃO DA LEI DE PLANEJAMENTO FAMILIAR NA GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 não dispôs expressamente sobre o direito de ter filhos, porém, prevê explicitamente o direito de planejamento familiar com a devida proteção do Estado. O artigo 226 da CF determina:

“A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

[] §7º - Fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável, **o planejamento familiar é livre decisão do casal, competindo ao Estado propiciar recursos educacionais e científicos para o exercício desse**

³⁵ BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4.892/2012**. Disponível em: <http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=118275>. Acesso em: 01 nov. 2014.

direito, vedada qualquer forma coercitiva por parte de instituições oficiais ou privadas”. (grifo nosso)³⁶

Note-se que a Carta Magna determinou a liberdade ao planejamento familiar desde que observados os princípios da dignidade da pessoa humana e também da paternidade responsável (paternidade no sentido *latu*).

Nesse ínterim, de forma a regular o § 7º da Constituição Federal e tratar dos limites do planejamento familiar e proteção estatal, foi sancionada a Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996 que abrangeu esses direitos até mesmo em famílias sem filhos. A definição de planejamento familiar encontra-se no artigo 2º da referida lei: “para fins desta Lei, entende-se planejamento familiar como o conjunto de ações de regulação da fecundidade que garanta direitos iguais de constituição, limitação ou aumento da prole pela mulher, pelo homem ou pelo casal.”³⁷

Fica claro, portanto que o Estado tem o dever de viabilizar a regulação da fecundidade nas entidades familiares garantindo o acesso igualitário aos meios, métodos e técnicas de fecundidade.³⁸

A Lei 9.263/1996 ainda é mais específica sobre a disponibilização de meios científicos na concepção em seu artigo 9º, a saber:

“Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o caput só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia.”³⁹

³⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010.

³⁷ BRASIL. **Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996**. Brasília, 1996. Lei de Planejamento Familiar, 1996. Art. 2º. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9263.htm>>. Acesso em: 5 nov. 2014.

³⁸ Art. 4º “O planejamento familiar orienta-se por ações preventivas e educativas e pela garantia de acesso igualitário a informações, meios, métodos e técnicas disponíveis para a regulação da fecundidade”. **Lei nº 9.263, de 12 de janeiro de 1996**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9263.htm>>. Acesso em: 5 nov. 2014.

³⁹ BRASIL. **Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996**. Brasília, 1996. Lei de Planejamento Familiar, 1996. Art. 9º. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9263.htm>>. Acesso em: 5 nov. 2014.

Ora, a técnica de gestação de substituição é cientificamente possível e aceita, não viola em nenhum aspecto a vida ou saúde das pessoas envolvidas ou mesmo de terceiros. Sendo assim, a técnica da gestação de substituição preenche todos os requisitos exigidos pela Lei de Planejamento Familiar.

Não cabe ao Estado cercear o direito de procriação e constituição familiar, pois esse é um direito subjetivo do casal/indivíduo. Regular e ampliar a utilização da reprodução humana por meio da gestação em outrem é meio de efetivar os direitos garantidos constitucionalmente e editados na Lei nº 9.263/96 a homens, mulheres ou casais estéreis, mas desejosos de formar uma família com filhos.

4.3 DIREITOS DA PERSONALIDADE EM FACE DA OMISSÃO LEGISLATIVA

A tutela estatal sob os direitos da personalidade é decorrente de evolução social, jurídica e até mesmo econômica da sociedade. Nas primeiras civilizações não havia ainda uma proteção sistemática e individualizada dos direitos da personalidade.

Segundo Marconi do Ó Catão o conceito atual de direito da personalidade surgiu na Idade Média “[...] baseado na dignidade e na valoração do indivíduo como pessoa, e assim esse conceito passou pelas várias fases evolutivas da história da humanidade até os dias atuais”.⁴⁰

Resultado dessas evoluções e conquistas sociais, a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 elencou em seu artigo 1º, inciso III a dignidade da pessoa humana como um princípio constitucional fundamental e estabelece proteção aos direitos da personalidade em seu artigo 5º.⁴¹ Também o Código Civil/2002 no Capítulo II tutela os direitos

⁴⁰ CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito Transplante de órgãos humanos e direitos da personalidade**. São Paulo: Madras, 2004. p. 97

⁴¹ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010. Arts. 1º e 5º. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 fev. 2015.

da personalidade demonstrando assim a importância e a necessidade de proteção desses direitos no ordenamento jurídico brasileiro.⁴²

Cabe salientar que sobre o próprio corpo humano tem-se um direito da personalidade e, como tal, tem a característica da indisponibilidade. Porém, essa indisponibilidade é mitigada já que são lícitos alguns atos de disposição do próprio corpo desde que não resultem em uma diminuição permanente da integridade física ou na morte do indivíduo.

Assim, a liberdade sobre o próprio corpo pode ser exercida até determinado limite.

Como afirma Catão:

“[...] Excetuando-se as limitações existentes, diz-se que a pessoa tem uma faculdade de disposição de si mesmo, em virtude do que lhe é permitido, por exemplo, expor o seu corpo a riscos de vida, como nos contratos de trabalhos circenses, no pugilismo, nas touradas, nas corridas automobilísticas, nas substituições cinematográficas; dispor de seu corpo para cirurgias de cunho corretivo e estético; usar o corpo para fins de transplantes, em benefício próprio ou de terceiro, ou no interesse geral da ciência; entre outras situações possíveis de disposição do corpo.”⁴³

Os atos de disposição do próprio corpo encontram limites no direito à vida e à integridade física. Por isso, as disposições que resultem em inviabilização da saúde, deformidade permanente, morte ou ainda, que contrarie a moral e os bons costumes são proibidas no ordenamento jurídico brasileiro.

Nesse diapasão, na prática da gestação de substituição o corpo da mulher que cede seu útero para abrigar o embrião de outrem não sofre nenhum prejuízo senão aqueles naturalmente decorrentes de uma gravidez comum. Por essa razão, a proibição ou mesmo a não regulamentação da gestação de substituição, em última análise, acaba por limitar um direito da personalidade sem que haja qualquer fundamentação constitucionalmente relevante.

⁴² BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, 2002. Código Civil. Art. 1597. Disponível em: <www.planalto.gov.br>. Acesso em: 13 fev. 2015.

⁴³ CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito Transplante de órgãos humanos e direitos da personalidade**. São Paulo: Madras, 2004. p. 176

4.4 GESTAÇÃO DE SUBSTITUIÇÃO – GRATUITA OU ONEROSA?

4.4.1 *Os prós e os contras*

O argumento central para que a gestação de substituição seja regulamentada apenas a título gratuito baseia-se principalmente no princípio da dignidade da pessoa humana uma vez que ao aceitar retribuição pecuniária pela gestação a mulher e a criança estariam sendo reduzidas à condição de meros objetos. Essa limitação da gestação de substituição tem como escopo evitar a banalização da procriação tecnológica e o provável aumento da demanda por mães de aluguel.

Outro argumento utilizado aos defensores dessa corrente é a proibição legislativa de transações comerciais que tenham como objeto material genético, órgãos ou tecidos, regulamentada pela Lei nº 9.434/1997 que disciplina sobre a remoção de órgãos, tecidos e partes do corpo humano para fins de transplantes e tratamento.

Entendimento diverso caminha no sentido de que na gestação de substituição, ainda que onerosa, a dignidade humana da criança e da mulher são respeitadas. O objeto do contrato de ‘barriga de aluguel’ é unicamente a capacidade reprodutiva da mulher e, posteriormente ao nascimento da criança ela continua com seu útero e demais órgãos intactos.

Há ainda o argumento de que caso a gestação de substituição seja admitida em caráter oneroso o consentimento da mulher que alugaria o útero estaria viciado, em razão da sua provável necessidade financeira, ocasionando na exploração de mulheres pobres de forma imoral e ilegal. Ora, o contra argumento a essa tese pode ser superado quando analisado o contexto geral – em que um casal ou indivíduo que planeja uma gestação de substituição está disposto a pagar quantias significativas para ter realizado o seu desejo de paternidade/maternidade. Satisfazendo assim o preceito básico de todo negócio jurídico oneroso de que para cada prestação uma contraprestação proporcional há de ser adimplida. As partes realizam contratos porque uma tem o que a outra deseja.

Além do exposto, a vulnerabilidade de conhecimento da mulher que ‘aluga’ o útero com relação ao vínculo afetivo que esta pode desenvolver com o nascituro durante a gestação não chega a ser um argumento favorável a prática gratuita da gestação de substituição já que tratando-se de vínculo afetivo ele pode se desenvolver independentemente do aspecto financeiro. É inclusive mais provável que esse vínculo se desenvolva quando a mulher que está gestando a criança possui algum grau de parentesco com o casal que planejou o nascimento da criança – requisito esse exigido para a prática da gestação de substituição no Brasil.

A esse respeito, foi realizado em 2003 um estudo na Universidade de Londres com mulheres que se submeteram à gravidez de substituição que revelou que das trinta e quatro mulheres participantes do estudo apenas duas demonstraram maior apego e angústia quando entregaram a criança.⁴⁴

Aquém de toda a discussão sobre o tema e apesar da proibição, ainda que não devidamente regulamentada, é inegável que a prática da barriga de aluguel existe no Brasil. Em uma pesquisa simples na internet é fácil encontrar mulheres que se oferecem para gerar o filho de outrem por valores que variam de R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais) a R\$ 100.000,00 (cem mil reais).

“Um **mercado clandestino**, virtual e muito rentável avança na internet fora do alcance da lei. Online, mulheres negociam o aluguel do útero em fóruns e comunidades para quem não pode ter filhos. **Os valores dos contratos de gestação chegam a R\$ 120 mil e são fechados por e-mail**; os encontros são marcados por telefone.

Nos diálogos virtuais, os anúncios prometem sigilo absoluto e oferecem facilidades como o **parcelamento do aluguel da barriga em até três vezes**: a primeira parcela na confirmação da gravidez, a segunda no quinto mês de gestação, quando normalmente a contratada mostra ultrassonografias do bebê, e a última na entrega do neném. Há candidatas a mães de aluguel que aceitam até ter relações sexuais para engravidar de pessoas estranhas, sem ter que recorrer a clínicas de fertilização.

Não há estatísticas oficiais, mas sites de relacionamento chegam a reunir centenas de pessoas. Em apenas um fórum existem oito tópicos com mais de 800 mensagens. Durante quatro meses, uma equipe do jornal *O Dia* monitorou as transações online. Neste período, foram realizados encontros com algumas dessas mulheres dispostas a gerar um filho por dinheiro. O primeiro deles foi num shopping na zona oeste do Rio de Janeiro.

⁴⁴ GARCIA apud JADVA, Vasanti; MURRAY, Clare, GOLOMBOK Susan. **Surrogacy: The Experiences of Surrogate Mothers**. v. 18, n. 10. Páginas: 2196 - 2204. Disponível em: <<http://humrep.oxfordjournals.org/content/18/10/2196.full.pdf+html>>. Acesso em: 10 nov. 2014.

Sem saber que estava com repórteres, o casal A. e P. negociou o aluguel da barriga dela por R\$ 120 mil, enquanto os filhos de 8 e 5 anos ouviam toda a conversa. O maior, B., torcia para que o "contrato" fosse fechado. "Queria que minha mãe arrumasse uma moça para alugar a barriga dela. Com o dinheiro, eu teria o meu quarto e um Playstation (videogame)", diz a criança.

No outro lado da cidade, na zona sul, R., 23 anos, disse que precisava alugar o útero para quitar o apartamento comprado em Copacabana. No terceiro encontro, S., 32 anos, da Baixada Fluminense, revelou que aceitaria até ter relações sexuais para engravidar. Em troca, precisava do dinheiro para pagar a um advogado e tirar o marido da prisão. Ele cumpre pena por assalto à mão armada.

Assim como R., S. e P., mulheres de todas as idades e classes sociais buscam no mercado de barriga de aluguel uma chance para realizar sonhos de consumo ou fugir de dívidas". (grifo nosso)⁴⁵

Diante das devidas ponderações, é importante destacar que nos Projetos de Leis sobre a gestação de substituição no Brasil que tramitam no Congresso Nacional, estabelecem taxativamente o crime da comercialização da barriga de aluguel e, em sendo aprovados na íntegra, consolidar-se-á uma barreira sólida contra a comercialização da prática.

De outra face, o Direito não pode permanecer estático diante das alterações e evoluções existentes na sociedade e, embora a onerosidade da gestação de substituição possa ir de encontro a argumentos morais, éticos e filosóficos, não há argumentos impeditivos juridicamente incontestáveis para a prática onerosa.

Nesse ínterim, a gestação de substituição com retribuição pecuniária pode sim ser legitimada e facilitaria a utilização da prática para a efetivação do direito de planejamento familiar e de procriação do próprio ser humano. Deve ser encarado como um negócio jurídico que, desde que realizados entre indivíduos dotados de capacidade civil, deve ser reconhecido pelo Direito, desde que presentes os demais requisitos de existência, validade e eficácia do negócio. Sobre o argumento do vício de consentimento por pessoas hipossuficientes, a tutela estatal no sentido de homologar esses contratos (necessária também em razão de envolverem direitos de nascituros) verificaria a validade do acordo, caso a caso.

⁴⁵ TERRA. **Aluguel de útero é Negociado por até R\$ 120 Mil na Internet**. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/cidades/aluguel-de-utero-e-negociado-por-ate-r-120-mil-na-internet.html>>. Acesso em: 01 abr. 2015.

Embora toda a polêmica sobre o tema e principalmente acerca do caráter comercial da barriga de aluguel, o Estado brasileiro deve analisar considerar os diversos prismas da regulamentação da prática visto que envolvem direitos fundamentais aos quais o seu exercício está explicitamente protegido pela Carta Magna.

4.4.2 *Argumentos da filosofia libertária*

Direito e Moral apresentam conceitos diferentes de liberdade. Ambos defendem a liberdade, mas em graus diferentes. Enquanto o Direito defende que a liberdade individual tenha limite na liberdade coletiva, a Moral entende que deve reger o princípio de liberdade individual, mesmo que esta não prejudique a liberdade de algum grupo e ou sociedade.

Desse ponto contrapõem-se os ideais utilitaristas dos libertários. Segundo a teoria libertária o Estado moderno extrapola seus direitos, violando a liberdade individual, sempre que age além de suas funções exclusivas de fazer cumprir contratos, proteger a propriedade privada e manter a paz. Para os libertários principalmente três diretrizes e leis promulgadas pelo Estado moderno são injustificáveis e ilegítimas:

- I. Paternalismo;
- II. Legislação sobre moral; e
- III. Redistribuição de renda ou riqueza.

O ponto moral central da teoria libertária é a seguinte - o ser humano é o único proprietário de si mesmo e, portanto, tem liberdade de escolha. Nesse diapasão, surge o argumento de que a mulher é livre para dispor do seu corpo/útero para suportar uma gravidez de outrem de forma tanto gratuita como onerosa.

Seguindo o entendimento alcançado pela teoria libertária, a gravidez de aluguel deveria ser autorizada porque apenas o próprio indivíduo pode decidir o que fazer com o próprio corpo, a tutela sobre o corpo humano de cada indivíduo não é papel do Estado, o fato de ser proprietário e senhor do próprio corpo já é motivo suficiente para fazer dele o que bem entender,

seja gratuita ou onerosamente, sem a intervenção estatal. Desde que não prejudique outros, o direito de usufruir e até mesmo dispor do próprio corpo é absoluta.

Na obra *Justiça – o que é fazer a coisa certa*, Michael Sandel expõe o radicalismo da teoria libertária:

“[...] Os libertários são contra as leis que protegem as pessoas contra si mesmas. As leis que tornam obrigatório o uso de cinto de segurança são um bom exemplo, bem como as leis relativas ao uso de capacetes para motociclistas. Embora o fato de dirigir uma moto sem capacete seja uma imprudência, e mesmo considerando que as leis relativas ao uso de capacetes salvarem vidas e evitem ferimentos graves, os libertários argumentam que elas violam o direito do indivíduo de decidir sobre os riscos que quer assumir. Desde que não haja riscos para terceiros e que os pilotos de motos sejam responsáveis pelas próprias despesas médicas, o Estado não tem o direito de ditar a que riscos eles podem submeter seu corpo e sua vida”⁴⁶

Embora seja uma teoria com ideias radicais, é importante salientar que a legitimidade de cada escolha individual está limitada a não oferecer riscos a terceiros e que também não resulte em consequências/despesas para o Estado. Assim, se houver algum prejudicado com a ‘radicalidade’ das decisões será única e exclusivamente o próprio indivíduo.

O ponto central da questão é que se os direitos são individuais, se há o direito à propriedade, à liberdade, à vida, etc. o detentor desses direitos é a única pessoa legitimada a decidir o que fará ou não com esses bens. Conforme explica Nozick, “o ponto central da noção de direito da propriedade de X (...) é o direito de determinar o que deverá ser feito com X”.⁴⁷

Em suma, os ideais libertários incitam a ponderação sobre a onerosidade da gestão de substituição, pois se entendermos que o ser humano é dono de si mesmo, ele tem liberdade para decidir como usar o próprio corpo.

4.5 REGULAMENTAÇÃO E A SEGURANÇA JURÍDICA

⁴⁶ SANDEL, J. Michael. **Justiça** – O que é fazer a coisa certa. 12 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 79.

⁴⁷ SANDEL, J. Michael. **Justiça** – O que é fazer a coisa certa. 12 ed. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2013. p. 91.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 demonstra a importância da segurança como valor fundamental do Estado já em seu preâmbulo. Ainda, no *caput* do artigo 5º da Constituição Federal a segurança é elencada como um dos direitos invioláveis que o Estado deve garantir a todos.⁴⁸

Embora o nosso Constituinte tenha abordado o direito a segurança em sentido amplo, a segurança jurídica foi resguardada em outros dispositivos constitucionais, como por exemplo: o princípio da legalidade; princípio da reserva legal; princípio da anterioridade da lei penal; princípio da irretroatividade da lei penal desfavorável; assim como a proteção ao direito adquirido, coisa julgada e ato jurídico perfeito.

Por sua vez, a segurança jurídica não se restringe a essas dimensões ou mesmo a preservação da integridade física do Estado e das pessoas. Conforme ensinamento do Professor Luís Roberto Barroso “açambarca em seu conteúdo conceitos fundamentais para a vida civilizada, como a continuidade das normas jurídicas, a estabilidade das situações constituídas e a certeza jurídica que se estabelece sobre situações anteriormente controvertidas”.⁴⁹

Ou seja, a segurança jurídica assume um caráter tão relevante na ordem jurídico-constitucional brasileira porque assegura a proteção da confiança, por meio de prestações normativas e materiais do Estado.

Considerando que a segurança jurídica é uma das mais profundas aspirações do ser humano o Estado não pode omitir-se diante de novas realidades sociais, como no caso da gestão de substituição. As relações jurídicas da própria ordem jurídica precisam da garantia de certa estabilidade pois é mediante as previsões legislativas, e sua consequente proteção, que o indivíduo elabora projetos de vida e efetiva a sua realização. Por essas razões a segurança jurídica está diretamente ligada à dignidade da pessoa humana.

⁴⁸ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010. Art. 5º.

⁴⁹ BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p.49.

A falta de controle e regulamentação da gestação de substituição no Brasil afeta não apenas aqueles que desejam utilizar a técnica em seu planejamento familiar ou mesmo os magistrados, prejudica também médicos e suas associações. Nas palavras do ginecologista e já corregedor do Conselho Federal de Medicina, Pedro Pablo Chacel:

"Não podemos permitir que se faça da geração de uma criança um negócio. E o Estado não pode se ausentar desta discussão. As autoridades não podem simplesmente lavar as mãos e fingir que não têm nada a ver com esse problema, porque têm sim. Se tivéssemos uma legislação específica para punir os envolvidos nesse esquema, a situação não estaria tão fora de controle".⁵⁰

Por todo o exposto, fica evidente porque é indispensável a existência da regulamentação da gestação de substituição. O cenário fático implora por uma lei que regule, controle e sancione o seu descumprimento.

Somente com a efetiva legalização da prática será assegurada a saúde e proteção primordial da criança e, em consequência, também das gestantes e casais que desejam utilizar o procedimento para a ampliação da família. Essa legalização deve sim considerar o já praticado no Brasil segundo a Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina (CFM), mas deve acrescentar inevitavelmente os aspectos jurídicos relacionados à prática, como os laços de filiação decorrentes das diversas hipóteses abordadas, as sanções penais e ou civis em caso de descumprimento e também os efeitos jurídicos da relação jurídica entre o casal/indivíduos que planejou o nascimento da criança tanto com a gestante quanto com a criança.

A Justiça para ser efetiva e estar de acordo com os ideais de um Estado Democrático de Direito precisa acompanhar a evolução e mudança científica e social do seu país.

⁵⁰ TERRA. **Aluguel de útero é Negociado por até R\$ 120 Mil na Internet**. Disponível em: <http://noticias.terra.com.br/brasil/cidades/aluguel-de-utero-e-negociado-por-ate-r-120-mil-na-internet.html>. Acesso em: 01 abr. 2015.

5. CONCLUSÃO

Deste modo, por tudo que fora exposto no presente trabalho, verificou-se que a gestação de substituição é uma técnica crescentemente praticada em diversos países, mesmo naqueles que não possuem legislação específica. O caso mais conhecido e que talvez tenha trazido à tona a necessidade de regulamentação da gestação de substituição ocorreu no ano de 1987, em New Jersey, Estados Unidos da América e ficou mundialmente conhecido como “Baby M”.

Desde então, várias foram as medidas questões levantadas em razão das consequências jurídicas da gestação de substituição. No cenário mundial destacam-se Estados Unidos e Índia por, além de regulamentarem a prática, permitirem transações pecuniárias para o útero de substituição.

Como característica inata do ser humano, as mudanças e evoluções sociais ocorridas principalmente nos modelos familiares ensejam a paralela adequação legislativa e judicial. Atualmente, diversos núcleos familiares são juridicamente reconhecidos, sem qualquer distinção ou prejuízo de direitos se comparados ao modelo originário patriarcal. Um exemplo disso é o reconhecimento de casais homossexuais como entidade familiar e a possibilidade de que esses casais possam ter filhos por meio da gestação de substituição.

No Brasil há apenas uma norma deontológica sobre a gestação de substituição – A Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina (CFM) que vem sendo aplicada como norma legal devido a lacuna legislativa no ordenamento jurídico brasileiro. Seguindo uma tendência proibicionista, a Resolução prevê a utilização da gestação de substituição apenas em casos limitados e específicos, de forma gratuita e entre parentes até o 4º grau de consanguinidade.

Contudo, tal Resolução demonstra-se ineficaz no que tange as consequências jurídicas da prática do útero de substituição. Um dos maiores problemas na aplicação da

Resolução ocorre exatamente pela natureza jurídica dessa. Ora, em sendo uma Resolução de Conselho Médico ela não é reconhecida como válida no campo jurídico e, por isso, somente médicos e profissionais da saúde estão sujeitas as suas disposições.

Em razão do princípio da legalidade protegido no artigo 5º, inciso II, CF e artigo 1º do Código Penal “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Desta feita, uma norma deontológica não tem poder coercitivo ou mesmo dispositivo com efeito *erga omnes*.

Diante da lacuna legislativa, os casos concretos levados ao Judiciário para solução de litígios decorrentes da gestação de substituição são pouco difundidos por correrem em segredo de justiça. Ademais, mediante notícias da imprensa, nota-se uma tendência dos magistrados em decidir os conflitos priorizando o melhor interesse da criança. Sendo assim, a filiação tem na grande maioria dos casos sido deferida ao casal que planejou o nascimento da criança e que, a priori, cedeu um dos gametas necessários à fecundação.

Porém, nos casos em que não são observados os procedimentos estipulados pela Resolução 2013/2013 do CFM os magistrados e doutrinadores não possuem um entendimento pacificado nem sobre as consequências civis da gestação de substituição e tão pouco nas consequências penais. Há duas linhas de entendimento:

- A gestação de substituição em circunstâncias distintas do estipulado pela Resolução 2013/2013, ainda que mediante retribuição pecuniária, não é ilegal visto ser impossível criminalizar ou proibir qualquer conduta senão em virtude de Lei.
- Entendimento diverso é o que entende que a “barriga de aluguel” (remunerada) já está tipificada no ordenamento jurídico brasileiro pelo artigo 15 da Lei nº 9.434 de 1997 (Lei de Remoção de Órgãos) já que o útero é um órgão também protegido pela referida Lei que proíbe a compra, venda e intermediação de órgãos, tecidos ou partes do corpo humano.

Essas discussões e problemáticas são as razões pela qual soluções legislativas foram propostas, como por exemplo, o Projeto de Lei nº 3.638 de 1993; Projeto de Lei nº 4.892 de 2012 de autoria do Sr. Eules Paiva, apensado ao Projeto de Lei nº 1.184/2003. Porém, até o momento são Projetos infrutíferos pois não possuem tramitação desde o ano de 2013 e também as disposições estão aquém até da Resolução 2013 do CFM, com a restrição ao 2º grau de parentesco entre o casal e a gestante e a não abrangência a casais homossexuais, entre outros.

Cabe destacar ainda que no que diz respeito à aplicação da Lei nº 9.263/1996 tanto os Projetos de Lei sobre a gestação de substituição quanto a Resolução 2013/2013 do Conselho Federal de Medicina não se mostram efetivos. A Lei de Planejamento Familiar é bastante específica sobre a disponibilização de meios científicos na concepção em seu artigo 9º:

“Para o exercício do direito ao planejamento familiar, serão oferecidos todos os métodos e técnicas de concepção e contracepção cientificamente aceitos e que não coloquem em risco a vida e a saúde das pessoas, garantida a liberdade de opção.

Parágrafo único. A prescrição a que se refere o caput só poderá ocorrer mediante avaliação e acompanhamento clínico e com informação sobre os seus riscos, vantagens, desvantagens e eficácia”. (grifo nosso)⁵¹

A Lei de Planejamento Familiar é uma previsão constitucional efetivada pela edição da Lei nº 9.263/96 e a garantia de liberdade de opção da forma de concepção no planejamento familiar é expressamente garantido no supracitado artigo. Ou seja, a legislação ou Resolução Médica não tem o condão de afastar um direito expressamente legalizado e, por isso, deve-se permitir a utilização da gestação de substituição conforme a família decidir para o seu planejamento familiar e perpetuação, observados todas as suas peculiaridades.

Ademais, a regulamentação da gestação de substituição gera consequências nos direitos da personalidade. Primeiramente por causa da discussão sobre se a gestante que

⁵¹ BRASIL. **Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996**. Brasília, 1996. Lei de Planejamento Familiar, 1996. Art. 9º. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9263.htm>>. Acesso em: 5 abr. 2014.

comercializa a sua capacidade reprodutiva terá violado o seu direito à dignidade humana (Art. 1º, III, CF) e, em segundo lugar porque em sendo o corpo um direito da personalidade, e sendo esse direito mitigado em algumas hipóteses, necessário é que a Lei que venha a regulamentar a gestação de substituição estabeleça até onde a disposição do próprio corpo é legal.

Conforme se verificou, há duas correntes que travam uma discussão acerca da natureza pecuniária da gestação de substituição. Em apertada síntese, uma entende que ao aceitar retribuição pecuniária pela gestação a mulher e a criança estariam sendo reduzidas à condição de meros objetos e a modalidade gratuita e altruísta da gestação de substituição tem como escopo evitar a banalização da procriação tecnológica e o provável aumento da demanda por mães de aluguel, enquanto que a outra, interpreta a modalidade remunerada como um negócio jurídico comutativo, em que ambas as partes estão em pé de igualdade para celebrar o contrato no qual o objeto seria unicamente a capacidade reprodutiva da mulher.

A gestação de substituição sob o prisma da filosofia libertária foi sucintamente tratada como meio de demonstrar a amplitude que a liberdade individual deveria alcançar. O ponto alto dessa filosofia é que ao Estado não compete decidir sobre a vida ou corpo de cada indivíduo. O ser humano desde que tenha capacidade mental e física deve ser livre para tomar todas e quaisquer decisões, quando não prejudique outro indivíduo ou o próprio Estado. Assim, o entendimento dos libertários é que a gestação de substituição deve ser permitida e também remunerada, se assim as partes decidirem.

A questão é de fato polêmica, mas merece uma urgente análise para o seu solucionamento. Contudo, a gestação de substituição já é algo bastante usual nas sociedades modernas e os países que já possuem regulamentação tem servindo de “berçário” para os demais, o que resulta em problemas jurídicos a ser enfrentados sem nenhum amparo legal pelo Judiciário. Desta feita, a insegurança jurídica assombra desde os casais inférteis até os magistrados que não podem deixar de decidir mesmo diante da lacuna legislativa. O Estado não

pode mais continuar omissa sobre assuntos de extrema importância à vida privada do cidadão, tendo em vista que essa insegurança jurídica afeta concretamente direitos individuais.

Desta feita, infere-se a regulamentação é o único meio de assegurar os direitos e estipular limites aos métodos envolvidos na gestação de substituição que, em última análise, dispõe sobre o direito mais importante para qualquer sociedade – o direito à vida.

REFERÊNCIAS

ABC DA SAÚDE. **Infertilidade**. Disponível em:

<<http://www.abcdasaude.com.br/ginecologia-e-obstetricia/infertilidade-introducao#ixzz3GyQk2Z8R>>.

BARROSO, Luís Roberto. **Temas de Direito Constitucional**. 2 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. Parte Geral. 11 ed. São Paulo: Saraiva, 2007. v. 1.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição Federal do Brasil**. Brasília: Senado Federal, 2010.

BRASIL. **Decreto nº 2.268, de 30 de junho de 1997**. Regulamenta a Lei nº. 9.434 de 4 de fevereiro de 1997. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1997/d2268.htm>.

BRASIL. **III Jornada de Direito Civil**. Disponível em: <<http://www.cjf.jus.br/cjf/CEJ-Coedi/jornadas-cej/enunciados-aprovados-da-i-iii-iv-e-v-jornada-de-direito-civil/compilacaoenunciadosaprovados1-3-4jornadadircivilnum.pdf>>.

BRASIL. **Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002**. Brasília, 2002. Código Civil. Disponível em: <www.planalto.gov.br>.

BRASIL. **Lei nº 9.263 de 12 de janeiro de 1996**. Brasília, 1996. Lei de Planejamento Familiar, 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/LEIS/L9263.htm>>.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 3.638 de 1993**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=19976>>.

BRASIL. **Projeto de Lei da Câmara dos Deputados nº 4.892/2012**. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/1059454.pdf>>.

CATÃO, Marconi do Ó. **Biodireito Transplante de órgãos humanos e direitos da personalidade**. São Paulo: Madras, 2004.

COLLUCCI, Cláudia. Barrigas de Aluguel. **Jornal Folha de São Paulo**. Publicado em 3 de fevereiro de 2013.

CONSELHO FEDERAL DE MEDICINA. **Resolução nº. 2013/2013**. Brasília; 2013. Disponível em: <http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/2013/2013_2013.pdf>.

CONSELHO REGIONAL DE MEDICINA. Estado de São Paulo. **Consulta nº 126.750/05**. Autorização para a transferência de embriões para uma terceira pessoa. Disponível em: <<http://www.cremesp.org.br/?siteAcao=Pareceres&dif=s&ficha=1&id=6391&tipo=PARECER&orgao=Conselho%20Regional%20de%20Medicina%20do%20Estado%20de%20S%C3%A3o%20Paulo&numero=126750&situacao=&data=17-04-2006>>.

CORRÊA, Marise Soares. **A história e o discurso da lei: o discurso antecede à história.** Porto Alegre. PUCRS, 2009. Tese (Doutorado em História). Faculdade de Filosofia e Ciências Humanas, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Curso de Direito Civil Brasileiro.** 5º vol.: direito de família. 22ª Ed. rev. e atual. de acordo com a reforma do CPC. São Paulo. Saraiva. 2007.

GONÇALVES, Carlos Alberto. **Direito Civil Brasileiro.** Direito de família. São Paulo: Saraiva, 2005. v. 6.

JADVA, Vasanti; MURRAY, Clare, GOLOMBOK Susan. **Surrogacy: The Experiences of Surrogate Mothers.** v. 18, n. 10. Disponível em:
<<http://humrep.oxfordjournals.org/content/18/10/2196.full.pdf+html>>.

LEITE, Eduardo de Oliveira. **Temas de direito de família.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1994.

LOPES, Adriana Dias. Gravidez a Soldo. **Veja.** Edição 2059. Publicada em 7 de maio de 2008. 140 – 143.

MAX, Altman, **Hoje na História:** Entra em vigor o Código Civil Napoleônico. São Paulo, 2010. Disponível em:
<<http://operamundi.uol.com.br/conteudo/noticias/3317/conteudo+opera.shtml>>.

MISTEREMISTER. **Tudo o que você precisa saber sobre barriga de aluguel.** Disponível em: <<http://misteremister.com/tudo-o-que-voce-precisa-saber-sobre-barriga-de-aluguel/>>.

PAULINO, Conrado. **Decisão Judicial Traz Alívio Para Pais Biológicos.** Disponível em:
<<http://www.conradopaulinoadv.com.br/index.php/decisao-judicial-traz-alivio-para-pais-biologicos/>>.

PINTO, Cristiano Vieira Sobral. **Direito Civil Sistematizado.** 4.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

PORTAL MÉDICO. **Resolução do Conselho Federal de Medicina.** nº 1.358, de 19 de novembro de 1992. Disponível em:
<http://www.portalmedico.org.br/resolucoes/CFM/1992/1358_1992.htm>.

TERRA. **Aluguel de útero é Negociado por até R\$ 120 Mil na Internet.** Disponível em:
<<http://noticias.terra.com.br/brasil/cidades/aluguel-de-utero-e-negociado-por-ate-r-120-mil-na-internet.html>>.